This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 770 820

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

ITALY

2259

116

GENNARO MANNA

CARATTERE GIURIDICO

DELLA

SOSTITUZIONE PUPILLARE

NAPOLI
TIPOGRAFIA LANCIANO E D'ORDIA
Cortile S. Sebastiano, 51.
1885.

OCT 2 5 1921

AVVERTENZA

Multae quidem res in iure civili reperiuntur difficiles et obscurae, quod nondum satis sunt explicatae et traditae: at ex diverso nonnullae etiam eo difficiliores sunt et obscuriores, quod plusquam satis est explicatae sunt et disputationibus agitatae: veluti haec quae de vulgari et pupillari substitutione est, tot interpretum commentariis operta est et involuta, ut difficillimum sit eam evolvere, et studiosorum oculis puram nudamque exibere (1).

Le sostituzioni pupillari formano una delle teorie più difficili del romano diritto, resa ancor più difficile dai comenti di un' infinita schiera di giureconsulti antichi e moderni, ad enumerare i quali basterebbe appena un volume.

A determinare il carattere giuridico di tale istituto occorrerebbe perciò uno studio minuto e co-

(1) Connano X, VII, I, p. 789.

scienzioso che oltrepassa di molto il tempo concessomi di men che un mese.

Se quindi molte cose ho dovuto trascurare, molte altre appena accennare, accentuando solo quei punti essenziali che caratterizzano la sostituzione pupillare, se al titolo che molto promette non risponde il contenuto del lavoro, vi sono nondimeno ragioni subbiettive ed obbiettive che valgono a farmi meritare una certa benevolenza nel giudicarlo.

CARATTERE GIURIDICO DELLA SOSTITUZIONE PUPILLARE

L'uomo vuol sentirsi un ente storico (1), vuol rivivere in altri: ecco la necessità di dare al matrimonio senza figli il compenso artificiale dell'adozione.

L'uomo ha la tendenza di compiacersi che un suo caro godrà del suo patrimonio (2), e la legge garentendo la volontà che s' infutura, *voluntas ultra mortem* (3), rispetta l'istituzione dell'erede, anzi ne permette la determinazione in diversi gradi, nel caso che il primo istituito non volesse o non potesse accettare l'eredità.

Così sorge e si giustifica la sostituzione.

Il testatore non vuole che per mancanza di un primo erede persone a lui discare, od estranee (in mancanza di eredi legittimi) raccogliessero l'eredità direttamente da lui: chè se il 1° istituito accettandola ne disponesse in favore di quelli che il testatore avea voluto escludere, questi non poteva certo impedirlo. Il 1° istituito, così egli suppone, non accetterebbe l'eredità per darla agli esclusi, violando così il giusto desiderio del disponente.

Come evitare però questo inconveniente, se il 1° istituito è un impubere, il quale non può testare fino a quando non ha raggiunto la pubertà, e morendo entro questo tempo non può, volendo, rispettare il desiderio del padre?

È il padre stesso che prevedendo questo caso si nomina un 2° erede, nonostante l'accettazione del primo.

(1) Cf. Trendelenburg — Dritto naturale § 139.
(2) Filomusi—Guelfi—Enciclopedia § 76.
(3) Quint. Decl. 308.

Così sorge quest' altra specie di sostituzione che si chiama pupillare.

Essa dunque è uno sviluppo della facoltà di testare dovuto ai *mores* più che alle leggi, come ricordano Ulpiano (1) e Giustiniano (2).

I.

Non è questo il luogo di spingere i nostri studii a ricercare le antichissime vestigia di tale istituto.

Ricorderemo solo come l'Accursio ed altri nei *mores*, di cui parla Ulpiano, vollero vedere i *mores* dei Lacedemoni: ma essi si lasciarono ingannare dal § 10 Inst. de iur. nat. gent. et civ. (1. 2) (3), ed il Bartolo volendo giustificarli—*ne forte putares hoc esse de jure gentium contra* L. 130 de V. S. (4)—non potè sfuggire ai sarcasmi del Goveano, quasi che *mores quibus introducta pupillaris substitutio partem alteram iuris civilis populi romani non constituant* (5): *tum vero ponamus iuris gentium esse quid contra L. 130 suscipitur quae de legitimis dumtaxat hereditatibus loquitur* (6).

(1) L. 2 de vulg. et pup. subst. (28. 6). Il *moribus* manca però nel Codex Taurinensis ed è sostituito dalle parole *a maioribus* nel Codex Bambergensis. Esso non è già, come taluno afferma, che manchi nella perifrasi di Teofilo ove si legge: *οὐκ ἀπὸ ἰδικοῦ νομοι*, che il Ferrini un po' liberamente ha tradotto per *moribus*, mentre più rispondente alla lettera è la traduzione del Reitz—*consuetudine non scripta.*

(2) pr. Ist. de pup. sub. (1. 16).

(3) Et non ineleganter in duas species ius civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent—Cf. Kustnerus.—De pupillari testamento praeterita impuberis matre rato: p. 2.

(4) Ad. h. t. p. 119.

(5) § 9 Inst. de iu. nat. (1. 2).

(6) Ad. L. 2 § 5 de vulg. et pup. subst. N. 5 p. 87.

Posto infatti il divieto indiretto di testare voluto da Licurgo (1), come sostenere siffatta opinione (2) ?

E poi, aggiunge il Bachovio (3), non solo non è esatto che gli Spartani si servissero di solo diritto consuetudinario, ma *non omne jus consuetudinarium fit a Spartanis.*

Con miglior senno quindi si è osservato che è in Atene che noi troviamo i primi germi di questo istituto (4).

Una legge di Solone che precedè le XII Tavole di quasi un secolo e mezzo lo sanzionò, così osservava la Corte d'appello d'Ancona con sentenza 15 Maggio 1876 (5), ed il Kustnero (6) ricorda questa legge Attica, di cui parla Demostene (7), come una prova della sua tesi.

Dobbiamo però notare che, in qualunque parte della Grecia si voglia trovare l'origine della sostituzione pupillare, i *mores*, cui Ulpiano la riconduce, sono i *mores* dei romani e non di altri popoli, come bene ha osservato il Fornerius (8), allo stesso modo che la patria potestà e la proibizione delle donazioni tra i conjugi diconsi *moribus receptae*, perchè consacrate dall'uso continuo dei romani stessi.

Oltre che in Atene dunque la sostituzione pupillare la troviamo in Roma, ma a qual tempo rimonta la sua introduzione?

Il Kustnero (9), l'Heinnecio (10), il Viglio, ed il Doveri (11) con altri la riportano ad un tempo anteriore alle XII tavole,

(1) Bodinus de re pub. Lib. V cap. 2 pag. 833.
(2) Thomasius. De origine successionis. Diss. LXVI § 34 pag. 992.
(3) Notae et Anim. ad Treut—p. 323.
(4) Otto—Institutiones—1743—p. 262.
(5) Giurispr. it. Vol. XXVIII p. 658.
(6) l. c.
(7) Orat. II in Steph. *Ὅ τι ἂν γνησίων ὄντων υἱῶν ὁ πατὴρ διάθηται, ἐὰν ἀποθάνωσιν οἱ υἱεῖς πρὶν, ἐπιδίετε ἡσᾶν, τὴν τοῦ πατρὸς διαθήκην κυρίαν εἶναι.* Trad. del Petito—Heredes a patre testamento substituti liberis, si liberi ante annun aetatis suae vicesimum decesserint, heredes sunto.
(8) Lib. V Rer. quotid. c. 3. Ott. Thes II. pag. 258.
(9) l. c.
(10) Opuscula minora p. 59. Ant. rom. ad Inst. Lib. II. XVI. § 2.
(11) l. c.

allo stesso modo come i testamenti *calatis comitiis* erano in vigore presso i Romani anche prima della legge decemvirale (1), e tale consuetudine già preesistente sarebbe stata per loro consacrata dalle leggi delle XII tavole.

Molti altri giuristi però hanno combattuta tale idea, ripetendo alcuni i natales di questa sostituzione dalla legge delle XII tavole « UTI LEGASSIT SUPER FAMILIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO », altri invece dall' *auctoritas prudentum* che avrebbe esteso le facoltà in quella comprese.

Il Madihn ad es. (2) osserva: le parole « SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI non significano altro se non *dispositionem de hereditate ac tutela filiorum, qui in patria potestate sunt.*

Che per *pecunia* si debba intendere l'*hereditas*, nessuno potrà contrastare, dice il Madihn, come non potrà revocarsi in dubbio secondo lui che per *suae rei* s'intendono quelli che sono sotto la patria potestà: i figli *usque dum emanciparentur intuitu patris tamquam res considerantur* (3).

(1) Vering. Römisches Erbrecht. p. 132. Nota 1 e 2.—Cf. Aulus Gellius in Noct. att. Lib. XV cap. 27. Il Balduino ricorre a Plutarco che riferisce l'esempio di Coriolano.

(2) Vicissitudines Substitutionis impuberum complexa. Egli non fa che sviluppare un'idea accennata dal Balduino (ad ll. XII Tab. nei Tractatus Un. iuris. Vol. 1° c. 29).

(3) È per questo che il Noodt (lib. II observationum t. I. p. 296) ritiene per sospetta la lezione della legge decemvirale come si trova in Ulpiano; per lui le parole *suae rei* non sono nè della legge nè di Ulpiano, ma debbonsi *alicui iuris studioso qui ad oram libri sui, in quo vera erat Ulpiani lectio* SUPER PECUNIÀ TUTELAVE SUA, *annotaverat alibi extare suae rei:* ed avvalora questa congettura colla L. 14 de test. tut. (26. 2) — (tutor) personae, non rei vel causae datur — e colla considerazione dell'*unitas personarum* tra padre e figlio, in modo che il padre nel disporre della tutela del figlio è come se disponesse della propria tutela.

Il Zimmern invece (Röm. Unters. Vol 1.° N. 3 p. 46) crede piuttosto che le parole *super pecunia tutelave* siano un'aggiunta posteriore alle primitive troppo brevi *suae rei*. Cf. Schweppe Röm. Rechtsgesch. § 440 Nota 2 — Ogni fantasia di correggere però cesserebbe qualora si ponesse mente che il *suae rei* non è genitivo ma

Interpretando a tal modo questo passo il Madihn dovè ammettere come nelle leggi delle XII tavole vi fossero due diversi capi, uno che riguardava la potestà di disporre per testamento per la *tutela* e *pecunia* dei figli, l'altro che confermava la potestà di testare al paterfamilias per le *res suae*, potestà già concessa dalle leggi regie.

A noi pare non aver bisogno di molti sforzi per istabilire la vera costruzione di questo frammento delle XII tavole: *Legem ferre rei suae super pecunia tutelave.*—È perciò che il pensiero del Madihn è rimasto pressochè solitario (1), tanto da non esser non che combattuto neppure accennato (2).

La maggior parte degli scrittori (3) attribuisce invece l'origine della sostituzione pupillare ad un ritrovato della giurisprudenza che usurpato prima da alcuni venisse in seguito *moribus receptum* (4); e se taluno la ritiene non altro che un applicazione del frammento più volte citato (5), altri invece la dice introdotta *contra subtilitatem iuris* (6), sebbene però

dativo.—Huscke im Rhein. Mus. VII. p. 60, n. 4; cosa che già il Donello avea osservato (VIII-152)—Cf. Glück (Arndts). Vol. 46. p. 9.

(1) Il solo Schrader (Institutiones p. 329) ricorda tale idea e la dice *vix recta.*

(2) Cf. Dirksen. Zwölf. Tafeln Fragmente, p. 320-342.—Voigt. Gesch. und allg. Iur. Lehrb. der XII Taf. I, p. 228.

(3) Everardus Otto ad § 9 Inst. de iu. nat. gent. Fornerius Lib. V. Rer. quot. (Ott. Thes. T. II p 258). Raeverardus De auct. prud. p. 931. Trekellio. De origine atque progressu testamenti factionis capo III § 4. Cuiacio ad Ulp. frag. 23, N. 7. Huberus. De test. Iulii Caesaris § 11. Francke. Notherbenrecht § 36. Schulting ad Ulp. frag. p. 647. Nota 16.

(4) Connano l. c. Cf. Brinz Pandekteu § 183.

(5) Glück. Vol. 40. p. 264.

(6) Duareno Tom. II capo XII p. 386. Su questo punto tra gli antichi si agitava una forte controversia. Il Bartolo, il Giasone, il Socino ed il Ripa sostengono che la sostituzione pupillare non sia *contra rationem juris;* mentre il Menochio ed il Trentacinque (uno dei più dotti giureconsulti abruzzesi) ritengono essere contraria ad ogni ragion di dritto, ed il Rainutius (de test. n. 52) la chiama addirittura odiosa perchè *excludit matrem.* Noi non entreremo in questa discussione: l'anormalità di tale istituto è più che evidente perchè si possa negare.

si sforzi a dimostrarla non tanto contraria alle leggi. Per costoro come la legge decemvirale avea permessa la *tutoris datio*, così l'*auctoritas prudentum* imitandone la ragione fece derivare dalla patria potestà anche l'effetto della sostituzione.

Sicchè i *mores*, di cui parla Ulpiano, non sono quelli *quae ex patriis moribus in XII tabulas migrarunt*, *sed et ea, quae postea per interpretationem iurisconsultorum sunt introducta:* lo dimostrerebbe la legge 2 § 5 de origine iuris (1. 2), che ammette la *necessaria disputatio fori*, la quale succedè *legibus latis* (1).

Ora se noi non possiamo convenire col Richterus (2) che pare neghi la possibilità di una consuetudine determinata dall'interpretazione dei giuristi, d'altro canto dobbiamo ritenere che la parola *moribus* che troviamo in questa legge di Ulpiano non debba avere diversa importanza da quella che lo stesso Ulpiano le dà in altri frammenti tolti anche dai libri ad Sabinum.

Nam cum jus potestatis MORIBUS SIT RECEPTUM *nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate* (3).

Ed altrove:

Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suo-

(1) Janus a Costa ad pr. Ist. de pup. subst.—Merill. eod. p. 196—III. Obs. cap. 12.

(2) Diss. De moribus maiorum, tamquam antiquissimo Romani iuris fonte. cap. V.—Quidquid ex interpretatione iurisconsultorum ac disputatione fori venit, id omne *iure civili dicitur non moribus esse inductum.*

Il Lauterbach (Coll. pand. p. 705) distingue una causa prossima e remota e quest'ultima sarebbero non le XII tavole ma la consuetudo et *mores laudatissimi.*

(3) L. 8 de his qui etc. (1. 6). È perciò che il Janus a Costa (l. c. p. 204) riconduce all'*auctoritas prudentum* anche la patria potestà.

rum administratio, quod MORIBUS QUIDEM AB INITIO INTRODUCTUM EST (1).

Abbiamo accennata siffatta questione, ma dobbiamo conchiudere che per non perdersi in supposizioni ed ipotesi è impossibile precisare l' epoca in cui debba riportarsi tale istituto, e se il Danz rimprovera il Frank di arbitrio, perchè lo ritiene introdotto appena dopo i decemviri, arbitraria dovrebbe qualificarsi qualunque altra ipotesi. Quello che solo si può affermare è che essa fosse in vigore al tempo della repubblica (2).

II.

Nato o confermato che fosse dalle leggi delle XII tavole questo istituto, quale fu la ragione che ne determinò l'origine, ragione che pel Merenda dovea esser certo *urgens* altrimenti esso non sarebbe sorto?

Anche su questo punto regnano gravi dissensi.

La maggior parte degli scrittori confondendo le ragioni che avranno potuto favorire lo sviluppo della sostituzione pupillare con quelle che l'ànno determinata, invocano il desiderio del padre di voler salvaguardare il pupillo dalle insidie degli eredi legittimi (3).

Il gran fine di detta istituzione, così osservava la Corte d'appello d'Ancona, fu l' utile dei teneri figliuoli, di preservarli cioè dalle insidie di quei congiunti che succedendo necessariamente ad essi per non potere i pupilli far testamento, fossero tentati ad abusare della vicinità e dei rapporti che loro offriva la parentela: e questo scopo si

(1) L. 1 de curat. fur.

(2) I più antichi esempii di tale sostituzione si trovano in Cicerone De inv. II. 42. De oratore. I. 39, 57, 180, 242, 244. II. 22, 32, 54, 140, 141; Top. 10 44; pr. Coec. XXXIX 67, 69; Bruto XXXIX, 144, 145. Quintiliano Inst. VII. 6. 9. 10.

(3) 15 Maggio 1876 — Est. Ligniti.

sorprende secondo loro in due frammenti di Gaio (1) e di Giustiniano (2). Ma, osserva il Demangeat (3), a tal modo il padre non veniva ad esporre il pupillo alle insidie del sostituto?

Ebbene, egli aggiunge, a tale obbiezione risponde Gaio, che consiglia di tenere occulta la sostituzione con una specie di scheda segreta: anzi, siccome lo scopo voluto dal testatore potea in certi casi fallire, Gaio crede *longe tutius* (4) fare a dirittura la sostituzione pupillare in un testamento separato.

E se qualcuno nega ciò, avverte il Püttmann (5) legga il Giovenale (6) e se ne convincerà.

(1) II. 181. Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus, in usu est, vulgarem quidem substitutionem palam facere, id est eo loco, quo pupillum heredem instituimus;... illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus, set intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur.

(2) Inst. de pup. subst. § 3 (2. 16). Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret, ne filius eius pupillus adhuc ex eo, quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subiceretur: vulgarem quidem substitutionem palam facere et in primis testamenti partibus debet, illam autem substitutionem, per quam et si heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere eamque partem proprio lino propriaque cera consignare et in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam est non ideo minus valere substitionem impuberis filii, quod in isdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit.

(3) Cours èlém. de D. R. I. p. 709.

(4) « Sed longe tutius est, utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari, quod, si ita consignatae vel separatae fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intelligi in altera quoque idem esse substitutus.

(5) Probab. Lib. II. c. 14 p. 100.

(6) Sàtir. 6 v. 629. È una madre che avvelena i suoi figli, e che

Ma a prescindere che, come osserva il Pernice, il Püttmann (1) avrebbe fatto meglio a citare il Persius (2), la sua citazione non dice nulla, perchè, se si volesse stare ai racconti di Cicerone (3), Orazio (4), Svetonio (5) e Quintiliano (6), si dovrebbe affermare tutto il contrario.

Noi non possiamo accettare tale opinione.

È bene notare col Francke (7) la modificazione appensata che Giustiniano ha apportato alle Istituzioni di Gaio: essa dimostra appunto che il *separatim scribere* è una misura di precauzione che si consiglia al *formidolosus* diretta, come sempre, non contro i legittimi eredi dell'impubere, ma contro il sostituto nominato dallo stesso padre (8).

Giustiniano chiama un tal padre *formidolosus*, preso da paura non giustificata, perchè se vi fossero giusti motivi a temere avrebbe potuto fare a meno di scegliere per sostituto uno che teme possa tramare insidie all'impubere istituito. Nè con tale espediente si salverebbe l'impubere dalle insidie dei parenti legittimi, i quali anzi hanno tutte le buone speranze di essere essi i sostituiti: la certezza della loro esclusione potrebbe solo aversi se nelle prime tavole si dicesse che i parenti legittimi non sono i sostituiti pupillari, ma di ciò non si ha traccia nelle fonti.

Non possiamo perciò consentire col Doveri in ciò che egli

quindi dovea essere stata a lui sostituita, perchè il Senatoconsulto Tertulliano rimonta ad Adriano, mentre la satira 6.° del Giovenale fu scritta in un tempo anteriore a questo Imperatore, e quindi nessuno interesse avrebbe potuto avere la madre ad avvelenare i figli, se non avea alcun dritto alla loro eredità.

(1) Ueber Subst. tac. Jahrb. der gem. deut R. p. 241.

(2) Sat. II v. 12.

(3) Pro Cluent. c. XI.

(4) Serm. II. 5, 45.

(5) Galba c. IX.

(6) Declam. 388.

(7) l. c.

(8) Ut pupillus tutus sit ab herede secundo. Holtius. Historia juris romani 2 p. 40.

ritiene, che cioè per l'esistenza di un testamento fatto dal padre pel figlio perdevano i parenti legittimi la speranza di succedere *ab intestato* e per conseguenza perdevano ogni interesse ad attentare alla sua vita; imperocchè rimaneva sempre in ciascuno di loro la speranza di essere stato scelto come sostituito, a meno che l'esistenza di un sostituto conosciuta gettasse l'impubere nelle insidie di costui certo non preferibili a quelle dei parenti del sangue.

« Chi deve morire senza testamento, esclama Thibaut (1), « e non può nominare a sè stesso un erede è in una po- « sizione la più pericolosa, e, se si volesse aiutarlo vera- « mente, dovrebbe esser permessa al padre senza limiti la « sostituzione pupillare.

Ma il Thibaut parte da un falso punto di vista.

« Es ist aber die Basis jener ganzen argumentation gegen die Geschichte (2) ».

Ridurre lo scopo di questa istituzione a tale garenzia contradice pel Francke a quanto vi ha in lui di umano sentimento, e così dicendo non ci pare che meriti il rimprovero del Wilchens (3)—*sensus humanus non juris ratio est*—. Se la *ratio juris* non è il *sensus humanus*, certo non può da esso prescindere. È perciò che lo Schröder (4) ritiene che le parole di Gaio debbono riferirsi alla semplice redazione esterna del testamento: è impossibile per lui che esse possano esser dirette contro i prossimi parenti del sangue. Se noi ammettiamo col Thibaut la corruzione dei costumi negli ultimi tempi della repubblica, tanto da consigliare quel separato testamento, non è men vero che la sostituzione pupillare rimonta ad una très-haute antiquité, come si è visto (5), e nessuno potrà sostenere, come bene osserva il Francke, che il vecchio tempo della Repubblica sia stato

(1) Archiv. f. civil. Prax vol. 5, p. 341, vol. 9 p. 119.
(2) Francke l. c. p. 456.
(3) De pupillari subst. quoest. quaedam.
(4) Notherbenrecht p. 569.
(5) Accarias. Précis de D. R.

tanto fecondo di parenti sanguinarii da introdurre la sostituzione pupillare per assicurare la vita degli impuberi contro le insidie di quegli stessi parenti, che erano chiamati dai costumi popolari a difenderli come tutori.

Contro questa osservazione del Francke il Wilchens ha notato che dall'essere una legge emanata contro i sicarii non segue per questo che i costumi del tempo, in cui essa è promulgata, debbono esser corrotti: ma noi di rincontro aggiungeremo che le leggi, come le consuetudini, non vengono determinate da casi isolati o rari, e allo stesso modo che *quod semel accidit praeterunt legislatores*, così è molto difficile trovare la determinazione di una consuetudine in fatti che doveano essere, come furono, molto rari nei primi tempi, come noi abbiamo dimostrato.

Nè merita seria considerazione l'osservazione del Rosshirt: « Wenn Francke den Zweck den die Pupillarsubstitution nach Thibaut haben soll , für empörend ansieht, so muss uns hierfür das concrete Verhältniss allein entscheidend erscheinen » (1).

Dire infatti che la pupillare sostituzione non può essere stata introdotta allo scopo di contentare il piacere del padre verso i suoi figli, ma solo per la difesa del pupillo contro i pericoli di una successione legittima, è cosa falsa.

Ma, ammesso per poco questo scopo, come sfuggire alla grave obbiezione mossa dal Löhr, che ove tale pericolo vi fosse non esisterebbe solo per gli eredi suoi, ma anche per gli estranei, e quindi perchè non permettere anche per questi la sostituzione pupillare ?

Come, aggiungiamo noi, spiegare la possibilità di una sostituzione limitata anche prima della pubertà?

Ma poi quale paradosso si noterebbe!

Agli eredi legittimi che tendono insidie non è già che il legislatore commini delle pene, ma permette al padre di famiglia di togliere i beni per mezzo di seconde tavole. Sarebbe non degno della sapienza romana un dritto così fatto

(1) Testamentarisches Erbrecht bei den Römern. Th. I. § 71.

che volesse impedire i furti dei ladri togliendo loro oggetti da rubare.

Mentre la legislazione provvedeva abbastanza per coloro che tendendo insidie avessero ucciso qualche parente, per poterne acquistare l'eredità.

La indegnità che li colpiva e per la quale bastava la semplice negligenza (1) faceva cadere i beni al fisco (2), anzi contro loro era concessa fino la pubblica accusa (3). Noi sappiamo quante reali cautele prendesse la legislazione romana per assicurare l'esecuzione delle ultime volontà (si ricordi ad es. il Senatoconsulto Liboniano): possiamo ammettere quindi che si ricorresse a questi mezzi così poco serii unicamente per tale scopo? Il padre potea salvaguardare la vita del figlio con la nomina di un tutore, nè poteva in ogni caso prevedere da qual parente potessero derivare queste insidie che si verificherebbero sempre dopo la sua morte.

Riesce vano quindi insistere su queste pretese insidie de' parenti legittimi per ispiegare la sostituzione pupillare, e non a torto il Pernice qualificava tale idea una fantasia, perchè introduce arbitrariamente nelle fonti, estendendolo per giunta, uno scopo di cui non si trova in esse alcuna traccia.

Vero è però che anche in questa fantasia noi troviamo una parte di vero.

La sostituzione pupillare, a noi sembra, è sorta contro gli

(1) L. 3 D. de his ut indignis (34-9). Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per neglegentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.

(2) Praeterea ex his, quae per flagitium damnatus adquisiit, portiones liberorum non augentur: veluti si cognatum suum interemi curaverit et ejus hereditatem adiit vel bonorum possessionem accepit; nam ita divus Pius rescripsit. Cui consequenter illud idem princeps constituit, cum filiafamilias veneno necasse convinceretur eum, a quo heres instituta erat: quamvis iussu patris, cuius in potestate erat, hereditatem eam adiisset, tamen fisco eam vindicandam esse.

Cf. L. 10 Cod. de his quib. ut ind. (6. 35)

(3) Rudorff. Rechtsgesch. Vol. 2° p. 372.

eredi legittimi, allo stesso modo che il testamento si potrebbe dire (certo con molte riserve) sorto contro gli eredi legittimi stessi.

E ciò tanto più in Roma specialmente nei primi tempi, in cui il testatore avea un' illimitata libertà testare ; è la onnipotenza della volontà personale del proprietario che spiega come il testamento abbia presso quel popolo sorpassato i limiti inerenti allo scopo interno del diritto ereditario (1) ed essa spiega la sostituzione pupillare.

Ma v' ha ancora di più.

Se è impossibile ripetere l'origine della sostituzione pupillare *ab odio quo propinquos saepe prosequebantur,* non può disconoscersi che la sua frequenza avesse anche in quella la sua ragion d'essere.

È solo in tal senso che potremo convenire col Munzinger (2) nelle parole che egli mette in bocca a Scevola.

« Quaeramus porro quomodo pupill. substitutio plerumque « oriri soleat et in hac causa pupillaris substitutio orta esse « possit. Pater moriturus, cum vereatur, ne agnati, quibus non « magnopere confidit, filio suo non bene provideant, ejus- « que educationem negligant, Curium amicum suum pu- « pillo quoque amicum quem consulere possit, reddere stu- « det idque se eo potissimum consecuturum esse putat, ut « Curium huic substituat ».

La causa curiana (3) proverebbe secondo il Kustnero che

(1) Ihering. l. c.

(2) Causa curiana vor dem römischen Centumviralgericht und die testamentarische substitution p. 62.

(3) l. c. Questa causa—famosa non tanto per la questione giuridica che vi si trova quanto per i due insigni giureconsulti che la trattarono appo i Centumviri, Muzio Scevola per gli agnati e Lucio Crasso per i secondi eredi (Munzinger l. c. p. 6.) — fu occasionata dal testamento di un certo Coponio (Cf. Pernice l. c. p. 234), che suonava a tal modo: « Post mortem meam si mihi postumus nascitur in X mensibus proximis heres mihi esto. Si moriatur antequam in suam tutelam venerit M. Curius mihi heres esto ».

« in ambiguis testamentorum formulis ex mente testatoris interpretandis, conjectura voluntatis fere contra adgnatos caperetur », e per noi prova ciò, che l'uso frequente delle sostituzioni fin dal tempo di Cicerone potesse esser determinato da tale sentimento, cui rispondeva l' istituto già nato della sostituzione, istituto però che non fu da esso creato.

È questa la parte di vero che può ammettersi dunque in tale opinione.

Il figlio non venne affatto alla luce: portata la causa innanzi ai Centumviri questi si dichiararono per Curio.

Oggi su questa causa si solleva la grande questione della « tacita pupillaris substitutio », che per l'Elwers (prakt. Archiv. IV. p. 150) e Munzinger (l. c. p. 22) dovrebbe esser esclusa, quando è dubbia la volontà del testatore, mentre pel Fuchs (civ. Archiv. 38. p. 305.), Pernice e Vangerow (§ 453. N. 1) allora dovrebbe essa escludersi, quando si sia certi che il testatore non abbia voluto ammettere la sostituzione pupillare.

E quest'ultima opinione ci sembra risponda meglio alla chiara disposizione della legge: « si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur » ed al concetto giuridico della *iuris praesumptio*, presunzione (Windscheid § 559 Nota 10) determinata in parte dall'abituale unione di ambedue le specie di sostituzione ed in parte dalla considerazione che non si possa prevedere perchè il testatore non abbia voluto preferire in ogni caso il sostituito agli eredi legittimi.

Il Pernice però ha voluto escludere dalla sostituzione pupillare tacita il caso in cui l'impubere si sia servito del *ius abstinendi* pel patrimonio paterno e poi sia morto nell'impubertà. In tal caso per lui il sostituto potrebbe al più considerarsi come sostituito volgare all'eredità paterna, ma non già esser chiamato come sostituto *pupillariter* all'eredità dell'impubere: poichè la *substitutio*, che avviene se l'impubere si è astenuto, non può affatto paragonarsi alla « substitutio exheredato facto » e molto meno alla condizione potestativa, « si heres esse noluerit », condizione che nelle fonti è indicata sempre come ridicola. Cf. L. 86 de her. inst. (28,5) — Vangerow l. c.

Questa limitazione del Pernice non si può accogliere pel Vangerow ed a ragione. Se si può ammettere, egli dice, che il testatore non abbia pensato a tal caso, non si può ammettere con sicurezza che egli l'abbia voluto escludere: ora se non vi ha dubbio che la sostituzione pupillare espressa per mezzo dell' astensione dell' impubere non è tolta, deve certamente lo stesso ammettersi anche nel caso di una *substitutio pupillaris tacita.*

III.

Molto analoga e spesso insieme con essa addotta è l'altra causa che taluni dicono aver prodotto la sostituzione pupillare: *utilitate pupilli receptum est ut pater ei testamentum faciat, si impubes decesserit* (1). Ed ecco in che essa consisterebbe. « Filius impubes, qui est in patria potestate, testa« mentum facere non potest et periculum est ne is decedat « impubes ideoque intestatus, qui tamen propria bona habet ».

Noi veramente non sappiamo vedere in che consista questa utilità del pupillo, a meno che rientrando nella prima opinione non si voglia dire che colla sostituzione pupillare si sottragga l'impubere dalle insidie dei propri parenti legittimi.

La vera utilità del pupillo è che la sostituzione *evanescat*, chè dovendo essa aver luogo, dovendo quindi l'impubere morire, poco a lui importa, se il sostituito adisca l'eredità in virtù di legge o della volontà paterna manifestata nella sostituzione.

Quello stesso non *plenus intellectus* che rende l'impubere incapace di testare non lo pone in grado di giudicare di questo interesse. Dunque delle due l'una, o col dire *utilitate pupilli* si vuole alludere all'interesse che potrebbe avere l'impubere ad avere l'uno piuttosto che l'altro come erede, ed allora ciò è falso, poichè l'impubere non può averlo o almeno non può dimostrarlo: o col *favor pupillorum* si accenna all'utilità del pupillo vista dal padre, allorchè fa la sostituzione, ma allora, a meno che non si ricorra alle pretese insidie, ogn'altra ragione potrebbe farci ritenere una *utilitas* del *paterfamilias* o del sostituto e non dell'impubere.

(1) Duareno. T II, in h. t. c. 3.

Nè il frammento 42 pr. de adqu. vel omit. hered., che da taluni si è invocato, appoggia in alcun modo siffatta opinione.

A prescindere infatti che in esso non si legge affatto che la sostituzione pupillare sia sorta dalla utilità del pupillo, ma piuttosto che la sua speciale determinazione sia ad essa informata, l'utilità del pupillo in questo caso, come osserva il Baron (1), si riduce ad un motivo di equità, che cioè il sostituto nel caso previsto non dovesse trovarsi in una condizione peggiore dell'erede legittimo—*non esse compellendum creditoribus paternis respondere* —.

L'*utilitas* del pupillo si riduce a quella di avere un successore che potrebbe essere in questo caso anche l'erede legittimo. Nel caso proposto la vera utilità è piuttosto del sostituito che del pupillo.

L'utilità del pupillo potrà esser la conseguenza di una buona sostituzione, ma non ne spiega l'origine: ed è per questo che gli scrittori che ad essa ricorrono sono costretti qua e là ad appoggiarsi a qualche altro principio.

IV.

Un'altra idea è stata posta innanzi dal Wilchens (2).

Scopo della sostituzione pupillare sarebbe per lui lo escludere i diseredati da qualunque partecipazione ai beni paterni.

Le leggi delle XII tavole sancivano il principio: *paterfamilias uti legassit ita ius esto.* Ora se un padre diseredando gli altri figli istituisse un suo figlio impubere come erede, qualora questi morisse durante l'impubertà, non potendo far testamento, il diseredato acquisterebbe qualche cosa dei beni paterni: questa conseguenza ripugna secondo lui alla disposi-

(1) L. c. p. 488.
(2) l. c.

zione decemvirale: quindi deve essere permesso al padre sostituire all' impubere un 3° estraneo: è per questo che la sostituzione pupillare non è sorta già per disposizione di legge speciale, bensì per costumanze.

Ciò spiegherebbe infine perchè non si sia sentito il bisogno di ammettere la sostituzione nel caso che s'istituisse un impubere estraneo, perchè in tal caso il diseredato non acquistava nulla dei beni paterni (1). Nè al desiderio del padre di vedere esclusi i diseredati dai suoi beni poteva rispondere l' introduzione dei fedecommessi, perchè certo l'istituzione di questi rimonta ad un' epoca posteriore (2).

Questa opinione del Wilckens è troppo ardita e non ci pare conforme alla storia.

È vero che egli si affretta subito a dire, che, sebbene quella sia stata l'origine della sostituzione, in seguito poi essa valeva per qualunque figlio impubere, anche se non vi fosse diseredazione, *tamquam si filius ipse sibi heredem instituisset.*

Coll'opinione del Wickens si presuppone che la sostituzione pupillare in origine non potesse aversi mai quando si avesse un sol figlio, ciò che ci pare arbitrario, anzi non crediamo di apporci male ritenendo questo il caso ordinario della sostituzione.

Come darsi ragione inoltre della possibilità di una sostituzione limitata ad un tempo anteriore alla pubertà? Come infine spiegare che nelle fonti non si trova mai un passo che possa anche lontanamente appoggiare tale idea.

Potrà qualche *paterfamilias* essersi servito di questo mezzo al fine voluto dal Wilckens; allo stesso modo come potranno essere state le insidie tese dai parenti la causa per cui le sostituzioni fossero così frequenti; ma nè quelle nè queste sono la causa originaria di tale istituzione.

(1) Gaio. 2. 184.

(2) Filomusi Guelfi. Usufrutto successivo e sostituzione fedecommissaria p. 6.

V.

Il Connano per ispiegare l'origine della sostituzione pupillare invoca il legittimo desiderio del padre che non divenissero eredi della roba sua persone che egli non volea (1).

« Accidebat ut impuberibus necesse esset mori intestatis, quod iis neque testari per se liceret, neque testamentum a patre factum prodesset et ipsis si heredes facti intra pubertatem morerentur. Et ista via parentibus invitis hereditas per pupillos veniebat ad legitimos heredes quos fortasse minime volebat.

Nam instituto pupillo et si heres non esset, dato substituto, si adita hereditate pupillus decedebat ante XIV annum, excludebatur substitutus. Adita enim fuerat a pupillo hereditas. Sic irritum fiebat testamentum ».

A questo male si ripara pel Connano colla sostituzione.

Si è osservato contro di lui che se ciò fosse vero dovrebbe ammettersi la sostituzione pupillare anche ad un estraneo. Ma questa osservazione non è assolutamente esatta.

Volere o no è da riconoscersi in tutto l'istituto della sostituzione pupillare una certa anomalia (2), anomalia quindi che può ammettersi fino a che vi sia un principio superiore che la giustifichi: di là da questi confini essa deve respingersi.

Certo che altra è l'origine, altro il fondamento della sostituzione pupillare, come si vedrà, ma l'una non si spiega allontanandosi dall'altro (3).

Il Connano si è accostato al vero nel ritenere l'origine della sostituzione pupillare esser quella stessa della sostitu-

(1) Comm. jur. civ. lib. X cap. VIII. Cf. Joann. Bolognet. in rub. de vulg. subst. num. 7.

(2) De Crescenzio l. c.

(3) Cf. Keller § 288.

zione volgare, e a noi sembra non andare errati riconducendo le sue parole ad un punto di vista più generale.

Non possiamo poi convenire col Merenda (1) che contro il Connano osserva: « voluntatis paternae rationem non haberi, nisi quatenus dirigitur in commodum pupilli: et jure merito, cum de bonis filii agatur », perchè, come si vedrà, non si trattava veramente di *bona filii* almeno nei primi tempi.

VI.

Da un punto di vista generalissimo parte l'Accarias (2).

Egli vuol trovare l'origine di questo istituto nella influenza delle idee religiose.

Se il fanciullo, egli dice, divenuto padre di famiglia morisse prima dell'anno della pubertà, il culto che gli avea trasmesso il padre andava ad estinguersi, sia che mancassero eredi legittimi, sia che passasse ad agnati forse negligenti, anche empii, e che se ne sarebbero sbarazzati colla *in jure cessio* della eredità.

Il padre voleva affidare la continuazione dei suoi *sacra* a persone degne e diligenti: voleva lasciare la roba sua a persone a lui care piuttosto che a persone indifferenti (3).

VII.

È da questo punto che noi muoviamo per ispiegare l'origine di tale istituto.

(1) Lib. III, cap. 25 p. 129.

(2) Prècis de D. R. I, p. 925.

(3) Hoc uno posito haec jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venierit. Cicerone.

Ogni istituto giuridico occupa un posto nella Storia e noi ci spieghiamo l'origine della sostituzione pupillare dallo sviluppo della successione nella storia del romano diritto (1).

Senza entrare nella questione storica quale delle due forme di eredità sia stata la prima a manifestarsi, dobbiamo notare come il predominio ed estensione della successione testamentaria in Roma indica appunto la grande intensità della libertà individuale.

Non può negarsi la grande preferenza dei romani per l'eredità testamentaria: morire intestato era per loro un disonore (2).

È così che ci spieghiamo l'imprecazione di un personaggio di Plauto:

Iupiter te male disperdat: intestatus vivito (3).

L'illimitata potestà di testare concessa dalle XII tavole al paterfamilias non è concepibile che in uno stato in cui è l'individuo che predomina e solo servendosi della parola dello stato (legge) esprime la sua volontà (4).

Così il sovvertimento dello Stato si ripercuote in ogni istituto essendo tolto ogni freno al testatore: ecco legittimato il capriccio di una diseredazione senza giuste cause tassative od eccessive diminuzioni.

Datemi al contrario uno Stato in cui l'individuo è da esso assorbito, come in Grecia, e vedremo negata del tutto la libertà di testare.

Il testamento, dice l'Accarias, non si spiega col semplice desiderio di voler scartare gli eredi legittimi. Il padre voleva lasciar qualche legato, affrancare qualche schiavo alla sua morte, determinare in diverso modo la distribuzione delle parti (e questo forse ci sembra il primo passo dalla successione legittima alla testamentaria): ecco la necessità del-

(1) Danz. Rechtsgeschichte Vol. II, p. 16.
(2) Accarias l. c.
(3) Curc. V. II, v. 24.
(4) Trendelenburg. l. c.

l'istituzione d'erede: il padre volea la continuazione dei suoi *sacra* e gli eredi testamentarii non potevano sottrarvisi se non ripudiando l'eredità.

Ora questa libertà di testare cresce coll'andar del tempo in estensione, sebbene diminuisca in intensità.

Il padre non solo può istituire, ma può anche sostituire, e non solo può sostituire se uno non voglia o non possa accettare (sostituzione volgare), ma può sostituire anche se uno avendo accettato non è veramente divenuto padrone dell'eredità stessa (sostituzione pupillare e quasi pupillare), può infine sostituire anche quando si sia divenuto padrone dell'eredità (sostituzione fedecommissaria).

Lasciando da parte quest'ultima forma della libertà di testare e le ragioni che la giustificano, non può dunque revocarsi in dubbio che la sostituzione pupillare altro non sia se non uno sviluppo di essa facoltà: è a questo che deve ricondursi l'origine di tale istituto.

Il padre vuole avere un erede, e siccome l'impubere, che egli ha istituito, fino a che non raggiunge la pubertà, non è divenuto veramente donno e padrone della eredità, come dicevano i nostri antichi, gli nomina un sostituito, nel caso che egli muoia prima della pubertà.

Für den Fall da der *impubes* die Erbschaft erwürbe, würde ja doch für den Nachlass des Vaters nicht nachhaltig gesorgt sein. Der unmündige Erbe ist *nie recht Meister* desselben geworden und war insbesondere nicht fähig, durch eignes Testament das Schiksal dessebben weiterhin zu bestimmen (1).

Il padre (2) insomma avendo la scelta di nominare un rappresentante continuatore di sè stesso nel suo patrimonio pel tempo della sua morte, avea l'interesse di scegliere uno che potesse essere il domino del suo patrimonio come lo era stato egli stesso. Se il padre avesse istituito un impubere,

(1) Keller Institutionem § 288.

(2) L. 56 (54) ad SC. Trebell. (36. 1). Cf. Nov. 108 c. 1 e 2.

che poi fosse morto durante la impubertà, questi non era potuto diventare padrone ed arbitro di sè stesso e del patrimonio: lo scopo del padre di famiglia non era raggiunto, ed è perciò che egli poteva nominarsi un secondo erede.

Contro questo giusto concetto del Keller il Wilchens ha fatto osservare che la potestà del pupillo nella sostituzione pupillare è piena in tal modo che ciò che del patrimonio paterno venne alienato dal pupillo non potrebbe esser domandato dal sostituto, a meno che non vi fosse intervenuto vincolo fedecommissario.

Quod medio tempore alienatum vel deminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non interveniendi fideicommissi tale aliquid factum probetur (1).

Questa osservazione del Wilchens però a ben ponderarla tocca appena la forma con cui il Keller ha espresso il suo concetto: questi colle parole *nie Recht Meister* ha voluto significare che il figlio non è divenuto veramente padrone in modo completo dell'eredità sino a che non raggiunga la pubertà: egli non può disporne, e le alienazioni cui accenna il Wilchens sono quasi impossibili.

La sostituzione pupillare sicchè nella sua prima origine ci si presenta come una seconda istituzione del padre, come una istituzione condizionata, non sospensivamente però ma risolutivamente.

È questa la nostra idea; è quì che troviamo il germe di quell'anomalia ed originalità che si sorprende in tale istituto.

Bisogna ricordare che secondo il dritto romano antico il figlio di famiglia per virtù di quell' *unitas personarum* di un valore assoluto, che stringeva padre e figlio, non era idoneo ad avere un patrimonio: tutto ciò che egli acquistava era *ipso iure* acquistato dal padre (2).

I peculii che il padre concedeva al figlio continuavano sempre ad esser parte integrante del patrimonio paterno e

(1) Keller. Pandekten § 488.
(2) De Crescenzio § 118.

devesi solo alle costituzioni imperiali il riconoscimento della proprietà del figlio per ciò che acquistava d'altronde che dal padre, e che non fosse *castrense* o *quasi castrense*.

Non parlando quindi di questi, la cui esistenza esclude la possibilità di una sostituzione pupillare, tutto ciò che perveniva ad un figlio di famiglia nell'antico diritto si considerava come un accrescimento della paterna eredità.

Nè questo dritto del padre sul patrimonio del figlio si considerò del tutto spento colla morte del padre, ma per una certa qual finzione si considerò che esso si estendesse anche di là della tomba e durasse sino allo entrare del figlio nella pubertà.

Durch Pupillarsubstitution (1) verfügt der Vater in Rechtssinne nur über sein eignes Vermögeu (nämlich in Folge der Fiction, dass das Erwerbsrecht des Vaters auch noch seinem Tode bis zum Eintritt der Pubertät des Kindes fortdauere).

La sostituzione pupillare si presenta quindi come una seconda istituzione d'erede: ed in questo primo periodo conveniamo col Franck (2) non si deve parlare di sostituzione ad un pupillo diseredato (3).

In questa prima fase la sostituzione pupillare non è che una specie della volgare: lo dimostra l'antica formola adoperata nella doppia sostituzione, formola che si trova nelle fonti (4): lo dimostra infine l'ordinaria differenza delle due specie di sostituzione, come si adduce nelle Istituzioni (5).

(1) Mühlenbrüch. l. c. § 1452.

(2) Diss. de origine et natura vulgaris ac pupillaris substitutionis.

(3) La sostituzione pupillare, dice il Baron (Pandekten § 403, p. 640), si spiega da una parte, perchè *ordinariamente* il testatore nominava l'impubere suo proprio erede e dall'altra perchè l'erede nominato all'impubere era contemporaneamente istituito secondo erede al testatore.

(4) Lucius Titius heres esto. Si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Caius Seius heres mihi esto.

(5) Pr. J. de pupill. subst. (2.16).

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus substituere potest, id est ut, si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres, sed eo AMPLIUS ut et, si heredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint sit eis aliquis heres. Veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius meus heres mihi esto: si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit (id est pubes factus sit), tunc Seius heres esto. Quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres: si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus.

È in queste parole che noi troviamo il primitivo concetto della sostituzione pupillare: un ampliamento della facoltà di testare pel padre, di nominarsi cioè un secondo erede nonostante l' accettazione del figlio.

Ma non tardò a manifestarsi un nuovo concetto, si incarnò cioè l' idea che il padre potesse fare non solo il testamento suo ma anche quello del pupillo, nel caso che morisse prima di arrivare alla pubertà; fu allora che per l'introdotta possibilità di sostituire ad un diseredato non potea più reggere la finzione che gli acquisti del figlio fossero sempre acquisti del padre (1), s'incominciò a parlare di testamento del figlio completato da quello del padre, ed il sostituto pupillare dovè considerarsi come un erede dell'impubere e non del padre.

Dunque due sono i tipi della sostituzione pupillare.

Nel 1.° periodo abbiamo un' istituzione condizionata del sostituto e che è nello stesso tempo istituzione risolutivamente condizionata pel pupillo. La sostituzione pupillare ci si presenta come la violazione della massima « *semel heres semper heres* » (2), massima del resto che non deve acco-

(1) Keller l. c.

(2) Anche il Tewes (System des Erbrechts § 46) si propone il dubbio se la sostituzione pupillare costituisca o meno un' eccezione a tal regola; quest' eccezione però deve intendersi in un senso molto limitato, guardando non al pupillo come persona, ma al complesso dei suoi diritti che non finiscono con lui.

gliersi tanto assolutamente, come ha osservato l'Eisele (1).

Noi troviamo quindi nella sostituzione pupillare un caso in cui la condizione risolutiva ha un certo valore: caso *sui generis* e che in fondo non è se non il germe dei fedecommessi (2).

È questo lo sviluppo della libertà di testare: istituzione, sostituzione volgare-pupillare-quasi pupillare-fedecommissario, sviluppo che, forse perchè andato tropp' oltre, è stato ricondotto dai moderni legislatori in più angusti limiti.

Ma il tipo originario della sostituzione pupillare si trasforma, si permette al padre nominare un erede anche per i beni dell'impubere, anche per l'impubere diseredato: è il padre che nomina l' erede al figlio.

Ecco come le due idee trovansi a contrasto tra loro.

Una dimostrazione di tale lotta il Keller la trova nelle famose parole di Cicerone (3):

Intentio est agnatorum: nostra pecunia est, de qua is cujus agnati sumus testatus non est. Depulsio est! Immo nostra, qui heredes secundi testamento patris sumus.

Pater enim et sibi et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset. Quare quae filii fuerunt, testamento patris fiant nostra, necesse est. Infirmatio rationis: Immo pater sibi scripsit et secundum heredem non filio sed sibi jussit esse. Quare praeterquam, quod ipsius fuit testamento illius vestrum esse non potest. Iudicatio: possitne quisquam de filii pupilli re

(1) Ihering's Jarb. V. XXIII N. F. XI 1885, p. 133-147.

(2) Tritt die Bedingung der Resolutivclausel ein nach dem Erwerb, so ist dies ohne Wirkung, ausgenommen, wenn in der resolutivbedingten Erbeinsetzung nach den Umständen des Falles die Anordnung eines bedingten Universalfideicommisses gefunden werden kann.—A questo caso però potrebbe obbiettarsi che l'erede fiduciarie non per tale qualità cessa di essere erede, anzi è la qualità di erede che gli fa domandare la 4.ª Trebelliana.

(3) De inv. 2. 62— Il Vering. (Erbrecht p. 344) interpetra in diverso modo il testo — Cf. Fuchs. Archiv. Vol. 38. N. 13.

testari an heredes secundi ipsius patrisfamilias non filii quoque ejus pupilli heredes sint (1)?

Indarno qualcuno ha osservato che da queste parole nulla possa dedursi, perchè si tratta di liti ed alle parti importa non decidere una controversia ma acquistare l'eredità con qualunque mezzo e che neppure Cicerone vorrebbe egli deciderla: essendochè lo scopo del suo libro è da lui stesso indicato « quomodo et rationes et rationum infirmationes et propterea judicationes plures fiant ».

Non bisogna dimenticare infatti che Cicerone se non giureconsulto nel vero senso (2), non è poi un semplice oratore, come Quintiliano; e gli esempii da lui tolti sono sempre storico-giuridici, ci si perdoni questa frase. Potrà sostenersi al più che dal passo di Cicerone non possa desumersi quale delle due idee sia la vera, ma non pare possa giungersi a negare un contrasto che ci è.

Noi troviamo queste due idee fuse nel dritto giustinianeo, ma, come di altre dottrine, non in modo da formare una nuova ed a sè; quantunque il 2.° tipo, come avverte il Keller (3), acquisti maggior valore nel tempo della classica giurisprudenza, ciò non di meno non si può dire che la nuova « idea sia totalmente subentrata all'antica, tanto che nella « stessa legislazione giustinianea l'interna teoria della so« stituzione pupillare è il risultato d'una artificiale combi« nazione di entrambe le idee (4).

Negare col Wilchens questi due tipi perchè non si potrebbe assegnare alla nuova idea l'epoca di Paolo giacchè vi è la

(1) Huscke. Die prästation der Legate in Doppeltestamenten. Zeitschrift. f. Civ. und. Proc. N. 1 vol. 6.

(2) Ferrini. Storia delle fonti del diritto romano p. 34.

(3) De Crescenzio l. c. Die definitive Theorie der « Substitutio pupillaris » aus einer sinnreichen und nach praktischen Nützlichkeit bemessenen Combination der beiden Gedanken und ihrer Consequenzen hervorgegangen ist. Keller l. c. p. 266.

(4) Perciò il Didier Pailhé (Cours élém p. 617) vede distinti due sistemi del dritto classico anche nel Digesto.

legge 46. h. t. (1), meravigliandosi come non fosse citata dal Vangerow e Francke è dimenticare che la vecchia figura non la troviamo soppressa neppur sotto Giustiniano, molto meno quindi ai tempi di Ulpiano e Paolo.

L'idea del Keller seguita dal Vangerow, dal Danz, dal Francke e da altri è stata combattuta con altre osservazioni, ma non con felice esito..

L'Huscke pur ammettendo questa successione del sostituto al padre la limita alla sola parte personale soggettiva dell'eredità che egli vorrebbe tener distinta dalla parte oggetiva reale, mentre è la legislazione primitiva che non la distingue.

Il Vering (2) non può ammettere che la pupillare sostituzione sia stata in origine una modificazione della volgare (3), sol perchè non è il solo principio della patria podestà che l'abbia resa efficace ma anche quello della *familia* del suo impubere, principio che deve essere posto col primo in intima connessione.

Zwei Gesichtspunkte sind es, welche bei der Pupillarsubstitution zugleich geltend machen, nämlich erstens, dass es der Inhaber der väterlichen Gewalt ist, welcher das Testament errichtet und zweitens, dass derselbe über die *familia* seines unmündigen Kindes testirt.

Ma il Vangerow ed il Francke appunto a questa *potestas* sulla *familia* si appoggiano per sostenere la loro opinione: dire quindi col Wilckens (4) che essi non indichino alcuna ragione, perchè negli antichi tempi il sostituto dovesse esser solo l'erede dal padre, non ci pare conforme al vero.

Ci sembra infatti che tanto il Vangerow quanto il Fran-

(1) Quum verum sit eum (substitutum pupillarem) testatori heredem exstitisse.

(2) Cf. Hüffer De substit. quasi pupillari p. 6.

(3) l. c. p. 345.

(4) La sostituzione pupillare è quasi una volgare prolungata, dice la Corte d'appello di Firenze con sentenza Maggio 67.

cke servendosi quasi delle stesse parole abbiano indicato in un modo più che chiaro la ragione della loro idea.

Ma come, si è aggiunto, chiamare il sostituto erede del padre, se questi lascia un figlio lattante e pochi nummi i quali vengono consumati per la sua educazione? Ma noi rispondiamo: forse che l'accettazione di un'eredità in cui il passivo superi l'attivo toglie all'accettante la qualità di erede?

Queste obbiezioni dunque piuttosto che combattere ribadiscono il pensiero di Keller; onde giustamente di lui diceva il De Crescenzio, aver saputo meglio di ogni altro interpetre cogliere i diversi momenti storici di questo istituto.

Solo muovendo da questo concetto può determinarsi il carattere della sostituzione pupillare nel dritto nuovo; e solo con esso possono giustificarsi certe conseguenze che altrimenti si urterebbero, se non fossero ricondotte a quel doppio punto di vista che si ripercuote qua e là nei singoli effetti.

VII.

La sostituzione pupillare nacque per sodisfare il desiderio del padre di avere un erede sicuro, come si è visto: ma l'appagamento di questo desiderio doveva trovare una causa che lo giustificasse, e questa fu la patria potestà. Essa, dice il Rivière, rimonta per ciò ad un'epoca in cui la libertà testamentaria era intiera come la potestà patria (1).

È questa la *ratio decidendi* della legge 2 pr. h. t. (2).

Extraneo vel filio puberi heredi, dice Giustiniano nelle sue Istituzioni, instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres exstiterit et citra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres (3).

(1) l. c. p. 30.

(2) Cf. Mackeldey Lehrbuch der Pand.—Papillonius de subst. c. 2. (Ottonis Thes. IV).

(3) § 9 de pup. subst.—Cf. Gaio. 2, 184.

La patria potestà (1) è la conditio sine qua non della sostituzione pupillare, condizione che non vien meno per lo sviluppo dello istituto stesso.

La madre ed anche un estraneo poteva, è vero, fare una certa sostituzione pupillare ma istituendo il figlio o in genere l'impubere sotto condizione sospensiva che egli arrivi alla pubertà.

In tal caso però si ha una vera sostituzione volgare, una sostituzione pupillare impropria, come la chiama il Glück, e che secondo noi dovè la sua validità veramente alla interpretazione della giurisprudenza.

Risolve questo caso Africano in una delle sue questioni. L. 33 h. t. « Si mater ita testetur ut filium impuberem, cum erit annorum quattuordecim, heredem instituat eique pupillaribus tabulis, si sibi heres non erit alium substituat, valet substitutio » (2).

Il requisito della patria potestà era anzi necessario in un doppio momento alla redazione del testamento ed all'apertura della successione.

Non son mancati però dei giuristi che muovendo dal principio che la sostituzione deve la sua origine all'utilità del pupillo hanno sostenuta valida la sostituzione pupillare fatta ad un estraneo ma che al tempo della morte si trovi sotto la patria potestà del testatore (3).

Altri invece e con maggior senno hanno ritenuta di niun momento siffatta sostituzione (4).

È canone fondamentale di dritto: « quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest », e molto più nei testamenti, come ricorda il giureconsulto Giavoleno nella

(1) Diciamo *potestà patria* o *padre*, sebbene rigorosamente parlando (Windscheid § 559 Nota 2) dovrebbe parlarsi di *potestà* o *ascendente*.

(2) Cf. Windscheid § 559 Nota 1.

(3) Bart. in l. 2 n. 8. — Aret. c. 3 e 4 Ripa n. 25. Didier Pailhé l. c.

(4) Cf. Duareno l. c capo 14. Vinnio l. c. Anton Merenda capo 28.

L. 201 de R. I. — Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperunt—.

La facoltà di sostituire è parte della *testamenti factio activa*, che per regola generale deve aversi al momento della redazione del testamento.

È per questo che il legislatore non parla di emancipati che al tempo della morte si trovassero un'altra volta sotto la patria potestà del testatore; non ammessa per questi la sostituzione in modo generale senza alcuna eccezione, *a fortiori* non si può ritenere per coloro non sottoposti mai alla patria potestà del disponente.

Ci vuole la patria potestà; donde *in naturalis filii persona duplex substitutio locum habere non poterit* (1).

Si è voluto anche da alcuni ammettere siffatta possibilità fondandosi sull'analogia del postumo: ma noi ci limiteremo a chiamare col Madihn tale opinione una *temeritas interpretum*, risparmiandoci, ciò che non ha fatto l'Averanio (Interpr. Lib. V. capo 7), di dimostrare la differenza tra i postumi ed i figli naturali. Il Roberto si riporta (Recept. lect. 34) alla legge 22 § 1 de. adopt. ma senza risultato, perchè da essa non si può affatto indurre tale conseguenza. Questa retroazione della legittimazione alla sostituzione affermata da alcuni (Giasone l. c. Trentacinque l. c. etc.) impugnata da altri (Alciato libro III Paradox. c. 12) non può render valida la sostituzione stessa. Molto meno poi può ricorrersi alla «fictio legis Corneliae», perchè, come si è osservato dal Merenda, non si tratta qui *an legitimatio substitutionem validam conservet, sed an vivificet substitutionem inutiliter factam.*

Un altro caso si faceva dagli antichi se cioè il padre credendo valida la legitimazione sostituisca e poi un'altra volta dia mandato perchè il figlio sia legitimato. Il Trentacinque (p. 2. c. 9. n. 4) riteneva nulla la sostituzione, perchè il testatore errò nella *causa institutionis*, il Ripa (l. c. n. 33) valida,

(1) L. 45 h. t.

perchè il padre non è mosso alla sostituzione dalla legitimazione, ma dalla carità, dall'amore, come dice il Merenda; « a quo excitatus curavit per legitimationem mederi maculae ex impudicitia matris contractae, et ideo circa causam, quae eum movit ad eum instituendum nullus error est ».

Ci vuole la patria potestà, anzi se qualche causa anche dopo la morte del padre venisse a turbare in certo modo quella finzione per fare iscomparire gli effetti di quella patria potestà che si supponeva esistente, la sostituzione dovea essere invalida e solo indirettamente potea avere il suo effetto cioè in quanto spetta all'arrogante di un impubere l'obbligo di dare di ritorno, nel caso che questi muoia prima di aver raggiunto la pubertà, la sostanza di lui a coloro che l'avrebbero ricevuta senza l'arrogazione (1); alla quale sostanza secondo alcuni bisogna aggiungere la quarta Antonina, cui l'impubere avea dritto per legge.

La sostituzione pupillare *fluit ex patria potestate*, dice il Mackeldey, e quindi non può determinarsi per un tempo che superi la impubertà, e se ciò avvenisse è nulla (2).

(1) Non ci pare perciò sostenibile l'opinione del Sintenis (Civ. III § 176. Nota 7) e Puchta (§ 478), che in tal caso la sostituzione valesse anche direttamente Cf. Windscheid § 559. L 17 § 1. L. 20 de ad (1. 7). Eorum duntaxat pupillorum arrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam, et substitutionem a parente factam extinguere.

Indirettamente noi sosteniamo, perchè (De Creseenzio p. 209) il sostituito domanda l'eredità non in virtù del testamento, ma in virtù della cauzione che l'arrogatore deve dare: quindi l'azione sua non è *l'actio ex testamento*, ma un'*utilis actio ex stipulatu*.

(2) Licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate. L. 14 h. t. L. 76 ad SC. Trebell. (36. 1). Si può però stabilire un tempo più breve della pubertà. — Un'eccezione si ha pel soldato — L. 15, 28, h. t. Cf. Weiskés Lexicon.

Si è fatta anche questione tra gli antichi se una sostituzione limitata all'impubertà possa cessare prima, nel caso che l'impubere ad es. partorisca: è la *malitia* che *supplet aetati* pel Bartolo; ma la impossibilità di verificarsi un tal caso ci risparmia di occuparcene.

Si è disputato quindi tra gli antichi se una sostituzione pupillare determinata per un tempo che oltrepassi la impubertà possa valere come sostituzione fedecommissaria, ritenendola alcuna valida, altri no, non senza trovare anche in questo un'opinione mediana del Zasio (1) che distingue i *bona pupilli* dai *bona patris* (2).

La patria potestà deve dunque aversi in un doppio momento e deve essere inoltre immediata, però questo carattere basta che si abbia al momento della morte (3).

Questo fondamento della sostituzione pupillare ammesso quasi generalmente da tutti gli scrittori è stato combattuto dal Wilchens (4), il quale ha osservato che è inutile derivare la sostituzione dalla patria potestà, se questa è piena e perfetta anche senza la sostituzione: ma allora noi domandiamo al Wilchens se non sarebbe forse egualmente piena o perfetta mancando il dritto di nominare i tutori, tolto il *ius vitae et necis*. O forse il Wilchens vuol dimostrare che filosoficamente dalla potestà paterna non si possa derivare tal diritto? Ma allora egli è costretto a negare che il ius *vitae et necis* derivi dalla patria potestà.

E poi noi quì siamo nel campo del diritto privato e più che il fondamento filosofico studiamo il fondamento storico di siffatto istituto.

Se la sostituzione pupillare derivasse dalla patria potestà, soggiunge il Wilckens, dovrebbe esser possibile la sostituzione, sempre che si abbia la patria potestà (ciò che non è perchè *puberi heredi nemo substituere potest*), e non potrebbe aversi sostituzione, senza che essa vi fosse (ciò che è pur falso secondo lui adducendo l'esempio dei postumi).

(1) De compend. subst. c. 5 N. 5.

(2) Cf. Bachovio Notae et Anim. ad Treutl. p. 323. Fabro Conj. 12. — Fachineo 4. Cont. 44.

(3) De Zeitpunkt zur welchem Gewalt und Unmittelbarkeit der Gewalt vorhanden sein müssen, ist der des Todes des Gerwalthabers, nicht der der Errichtung der Pupillarsubstitution. Cf. Windscheid. l. c.

(4) l. c.

Ma queste considerazioni del Wilckens non menano a nulla.

La sostituzione pupillare deriva dalla patria potestà.

Ricordiamo infatti gl' illimitati poteri dei padri sui figli (2) (ius vitae et necis—ius vendendi—noxae datio)(3), tanto da far dire giustamente a Giustiniano (4):

Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum : nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

Ora questa patria potestà è vero che cessa colla morte del *paterfamilias*, ma non tutte le conseguenze di essa spariscono alla morte stessa: essa accompagnava per dir così il figlio fino alla pubertà.

Ma perchè, dice il Wilchens, non era ammessa la sostituzione anche pei puberi ?

Questa domanda non è affatto seria.

Dal perchè la sostituzione deriva dalla patria potestà non segue che dovunque vi sia patria potestà debba esser possibile una sostituzione, sì bene che in ogni sostituzione debba aversi tale requisito.

Non bisogna scompagnare il fondamento collo scopo di questo istituto, che, ripetiamolo, contenendo un'anomalia — nominare un erede ad un altro — è solo possibile fino a che colui, al quale questo erede si nomina, non è capace di nominarselo.

È il padre, abbiam detto, che anche morto colla sua volontà, come nella tutela e nella designazione del sepolcro pel figlio che premorisse, continua ad avere un certo potere sul figlio. Voler vedere questo effetto anche dopo che l'impubere è uscito dalla impubertà significa estendere gli effetti di una cosa che è in certo modo *contra rationem iuris*.

(1) Pizzamiglio. Archiv. giur. VII, 361, 380.

(2) Cornel van Bynckershoeck. De iure liberos occidendi, vendendi ac exponendi.

(3) § 2 Inst. (1. 9).

Non sappiamo poi come chiamare l'altro argomento che il Wilckens vorrebbe trarre dai postumi.

Nessuno ha mai dubitato che la potestà di nominare un tutore testamentario derivi dalla patria potestà. Ebbene come spiegare la potestà concessa al padre di nominare un tutore anche ad un postumo? E poi se la qualità di *suus heres* è quella che deriva dalla patria potestà, forse che il postumo non è anche *suus heres*?

Dimostrare poi che esista una certa differenza tra la tutela e la sostituzione, cosa che del resto riconosciamo, e dire che la prima cessa colla morte del pupillo e la seconda da questa incomincia non ci sembra che possa far dubitare anche che si l'una che l'altra derivino dalla patria potestà.

Ond'è che questa analogia tra la *datio tutoris* e la sostituzione notata da molti antichi è stata ripetuta anche dai moderni (1), analogia che si manifesta ad es. in ciò che i due effetti che rimangono, impugnato il testamento colla B. P. C. T., sono sostituzione e *datio*.

Di un ultimo argomento si è servito il Wilckens: egli dice che se la sostituzione fosse derivata dalla patria potestà, mutata questa col progredire dei tempi avrebbe dovuto sparire. Oggi infatti è sparita: ed anche in Roma appunto ad una certa modifica della patria potestà noi abbiamo riportata la trasformazione di questo istituto.

VIII.

La sostituzione pupillare si fonda dunque sulla patria potestà, di cui è quasi un allargamento: è la legge che dà al padre la facoltà di disporre a suo talento della eredità del figlio, nel caso che muoia prima della pubertà. Il testamento

(1) Vering. Erbrecht p. 347—Huscke l. c.

paterno, così ragionava la Corte di Cassazione di Roma, anche nella parte pupillare sarà la sola espressione della volontà del padre come l'esercizio di un diritto speciale che la legge gli accorda di disporre in date condizioni della eredità del figlio; ed anche nel nuovo periodo, quando il sostituto si rappresenta come l'erede del figlio, è dalla volontà del padre che deve ripetere tale qualità, e diciamo volontà del padre, perchè è impossibile parlare anche qui di mandato, che non può ammettersi in questo atto solenne quale è il testamento (1).

Ciò che caratterizza dunque la sostituzione pupillare è l'unità del testamento che riguarda l'eredità del padre e del figlio, unità che benchè limitata si sorprende anche nel Diritto giustinianeo.

Che nell'antico diritto si trattasse di un solo testamento anzi di una sola eredità lo abbiamo dimostrato: i beni del figlio erano un accrescimento. di quelli del padre; all'unica eredità rispondeva quindi l'unità della volontà.

Ma anche quando s'incomincia a parlare di due eredità: anche quando si concepì l'utilità di fare un testamento distinto pel figlio, non per questo venne mai meno l'idea dell'unicità del testamento, idea che trova il suo posto anche nelle Istituzioni di Giustiniano.

È qui che noi entriamo in una questione spinosa, agitata da secoli e che non manca di aver la sua importanza anche nel nostro diritto patrio.

Si è voluto anzi da taluni riandare fino alle famose sette proculeiana e sabiniana, che a noi sembra troppo spesso s'invocano per creare tra loro divergenze di opinioni che non sono esistite.

L'Hotomannus (2) e l'Alexander (3) poggiandosi sulle parole della legge 28—« Me illud maxime movet, quod praece-

(1) Mandry — Das gemeine. Fam. p. 190.
(2) Ad § 3 Inst.
(3) Ad Gaii Inst. Lib. II, Tit. 4 § 2.

ptoribus tuis placet, unum esse testamentum »—ritengono essersi i Sabiniani decisi per l' unità i Proculeiani al contrario per la duplicità del testamento.

Il Merillio invece (1) e l'Heinnecio (2) credono che i Proculeiani stessero per l'unità e i Sabiniani per la moltiplicità.

Noi pur ritenendo che in qualche punto anche riguardo a tale istituto non vi fosse identico modo di vedere tra le due scuole (e la legge 12 de privilegiis hereditariis n'è una prova), non possiamo assolutamente ricondurre ad esse la questione secolare dell'unità del testamento: imperocchè tale idea fondamentale per la sostituzione pupillare era ammessa unanimente dai Sabiniani e Proculeiani, come lo han dimostrato il Mascovio (3) e lo Schultingius (4).

Onde giustamente il nostro maestro Prof. De Crescenzio lamentava anche a questo proposito la falsità del sistema che una certa discordanza nelle fonti debba esclusivamente ricondursi alla diversità delle due scuole proculeiana e sabiniana, di cui ognuna sia rappresentata nel Digesto dalla propria opinione.

Certo che nella sostituzione pupillare, come nell'obbligazione correale, si riscontra qualche cosa di uno e qualche cosa di molteplice, e nel dritto giustinianeo questi due lati vengono posti in luce sia per l'uno che per l'altro istituto.

È per questo che il Baron fa della sostituzione pupillare uno de' suoi rapporti giuridici complessi (5), ed anche noi vediamo una certa analogia tra essa e la obbligazione correale; se non che mentre nella prima troviamo unità di obbietto e pluralità di subbietti, nella seconda invece troviamo unità subbiettiva e pluralità oggettiva.

(1) Observ. L. III, c. 12.

(2) Sintagm. Ant. rom. tit. de pup. subst.

(3) De Sectis Sabin. et Procul. cap. IX n. 2.

(4) Ad Gaii Inst. Lib. II Tit. 4.

(5) Nel caso d' istituzione del figlio come erede, è il figlio stesso ed il sostituto, entrambi come unità, che sono eredi del padre. Cf. Windscheid § 559.

È sotto questo punto di vista che bisogna studiar la questione.

Il testamento è subbiettivamente od obbiettivamente unico: insomma vi è un testamento ed una sola eredità, un testamento e più eredità, o più testamenti con più eredità?

Che nel diritto giustinianeo non possa parlarsi di una sola eredità si è già dimostrato.

Ma per quanto poi si voglia dire che il padre faceva testamento pel figlio, non è per questo men vero che è il padre che testa e se il testamentum *est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (1), all'*unica sententia* deve corrispondere l'unità subbiettiva del testamento stesso.

Questa unità è riconosciuta nel dritto giustinianeo ed infatti rimane in esso ferma l'antica regola (2) che vuole che il padre non possa fare il testamento ai suoi figli o discendenti, se non lo faccia anche per sè, perchè il testamento del pupillo è parte e sequela di quello del padre. Nè alla sola necessità di testare da parte del padre è che si guarda: bisogna anche che il padre testi prima per lui e poi pel figlio (3).

La sostituzione fatta senza aver prima fatto il testamento per sè era nulla: nè il posteriore testamento poteva ratificarla, allo stesso modo, ci sembra, come il requisito della patria potestà sopraggiunto non potea dar forza giuridica ad una sostituzione anteriormente fatta.

Una sola modificazione fu riconosciuta a questa regola:

(1) L. 1 qui test. fac. poss. (28. 1).

(2) § 5 Inst. h. t.

(3) L. 2 § 4 D. h. t. Prius autem sibi quis debet heredem scribere deinde filio substituere et non commutare ordinem scriptura. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat: *Nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti* : adeo ut si patris testamentum non valeat nec filii quidem valebit.

quando tale controversia si risolvea in pura questione di forma, il declinare del formalismo dovea portare alla validità di una sostituzione avvenuta prima dell'istituzione di erede da parte del padre ma nello stesso testamento (1).

E ciò secondo noi prova all'evidenza che siffatta priorità non era già questione di forma, perchè dove per avventura si riduceva a tale si decideva per la validità. Certo però che, come osserva il Glück (2), su questo punto vi dovettero essere delle lotte tra i romani giuristi, e ciò potrebbe argomentarsi dallo stesso modo come Ulpiano si dichiarava su ciò riportandosi al *rescripto imperatoris nostri* col quale tale *sententia* COMPROBATA est (1).

La sostituzione pupillare, non può negarsi, contiene una disposizione circa l'eredità dei figli, ma ciò nondimeno è sempre una parte del testamento paterno.

Come potremmo infatti considerare la disposizione sui beni del figlio come testamento di costui, se non ricorrendo ad una duplice idea o che egli stesso lo abbia fatto o che il padre lo abbia redatto in nome di lui: e tanto l'una quanto l'altra sono evidentemente false, come la Corte d'Appello di Roma e prima il Kustnero avean fatto osservare?

Ritenere che il figlio stesso siasi nominato direttamente l'erede è ritenere capace giuridicamente uno che se non sempre di fatto certo sempre di dritto è incapace sino alla pu-

(1) § 5 Inst. Sed si quis ita fuerit testatus: *si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Sejus heres esto;* deinde: *filius heres esto*, valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fuerit.

(2) l. c. p. 386.

(3) L. 2 § 1 D. h. t. Il Goveano crede debba mutarsi il *comprobata* in *improbata*, altrimenti si porrebbe Ulpiano in contradizione con sè stesso: ed il Glück dimostra la necessità di tale emendazione dalle parole che seguono a quelle: « et merito; constat enim, unum esse testamentum, licet duae sint hereditates » — Mentre il Donello (Comm. jur. civ. Lib. VI c. 25 § 22) ed altri limitano il frammento al caso di diseredazione. Cf. Conradi e Reprehensis N. 1 (in opusc. T. I pag. 221-238).

bertà, incapacità che non può esser tolta neppure dal permesso del padre (1).

Leggere poi nella sostituzione un mandato presunto si oppone a tutte le regole che governano siffatto istituto.

A prescindere infatti che non si può ammettere mandato presunto per certi atti come il testamento, che la legge vuol garentito da mille formalità, il potere agire il padre invece del figlio suppone questi capace, perchè: « nemo negotium alterius nomine peragere valet, nisi hic idem expedire capax sit ».

È prezzo dell' opera riportare a tal' uopo le sapienti parole della suprema Corte di Roma: « Il dritto di trasmettere ad altri il proprio patrimonio sia in morte sia tra vivi a titolo gratuito è un diritto incomunicabile di sua natura e non suscettivo di rappresentanza, perchè la volontà in quegli atti non è mossa dall'interesse, ma dalla affezione. Che se la legge supplisce coll'ordine delle successioni intestate alla mancanza dell' erede scritto dall' uomo, ciò è per la necessità sociale che ogni cittadino abbia un successore nei suoi diritti e nelle sue obbligazioni verso i consociati. Ma è questo un dritto che la legge stabilisce una volta per sempre e per tutti e con norme precise, e non può rimettersi all'arbitrio dei privati volta per volta ».

È vero che si parla nelle fonti di *pupillare testamentum*, ma questa espressione di Giustiniano piuttosto che accennare alla duplicità dei testamenti indica le diverse parti del testamento paterno.

La mente dell'Imperatore si esprime più chiaramente nel § 2 Inst. h. t. « Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata duo *quodammodo* sunt testamenta unum patris, alterum filii; *tamquam* si ipse filius sibi heredem instituisset ».

Il vero concetto della sostituzione pupillare è questo: « aut CERTE, si noti questo avverbio, *unum testamentum* est duarum causarum, id est, *duarum hereditatum.* »

(1) Mandry. l. c.

La sostituzione pupillare, dice Gaio (1), rappresenta ciò che è il codicillo nel testamento.

E questa idea è espressa elegantemente ma implicitamente da Modestino (2).

Se il testamento fosse duplice, le ultime volontà tanto riguardo alla materia quanto alla forma dovrebbero esser diverse, mentre nella sostituzione *unus testator, una ultima voluntas, una testamenti forma externa* e quindi *unicum testamentum.*

Contro tale considerazione, osservava la Corte di Modena, che l'unicità di atto non porta l'unità di volontà: il testamento contiene la manifestazione di due volontà dirette a regolare due distinte eredità.

Non si deve la deferenza del legislatore, essa aggiunge, spingere al punto da ritenere che la volontà del padre e del figlio s'immedesimino.

Ammettendo l'immedesimazione, sono le sue parole, sparirebbe il vero concetto della sostituzione pupillare che richiede essenzialmente il passaggio del dritto di proprietà nel figlio, mentre dicendo che s'immedesima si viene a conservare l'istituzione, non vedendo così neppure in astratto che nell'istituito si deve supporre non essersi mai realizzato il dritto di proprietà per quei beni lasciatigli dal padre.

Ma queste considerazioni, pure avendo un certo valore per l'ultima forma della sostituzione, possono menare ad ammettere la duplicità dell'eredità e delle cause che determinano le disposizioni, ma non della volontà; chè spingendo la teoria della Corte di appello di Modena agli estremi verremmo ad ammettere tante volontà nello stesso testamento per quante sono le disposizioni che vi si contengono.

(1) L. 11 test. quem. aper. (29.3) Sicut codicilli pars intelleguntur testamenti, ita secundae tabulae principalium tabularum partem obtinere videntur.

(2) L. 2 § 4 D. h. t. Substituere liberis pater non potest nisi heredem sibi instituerit: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

Trovare poi una prova della duplice volontà in ciò che il Dritto romano riconobbe che per potere sostituire al figlio un erede si rendeva indispensabile (!) che prima avesse istituito il suo figlio diretto erede e riconobbe nel sostituito l'erede *voluto* dall'istituito, significa non parlare secondo il dritto romano, a meno che non si consideri la disederazione come una istituzione negativa.

L'intera disposizione fatta in occasione di morte deve esser sempre costituita da un unico testamento benchè contenga in sè diverse cause: ond'è che solo in questo senso possiamo ammettere l'opinione di coloro che poggiandosi sulle leggi 2 § 4, 10 § 4 e L. 8 § 4 de bon. poss. sec. tab. ammettono l'unità formale dei testamenti e duplicità materiale (1).

Vi sono due testamenti dice il Brinz, ma che nonostante la loro dualità formano uno (2).

Bisogna dunque rigettare le due opinioni estreme sul carattere della sostituzione pupillare nel diritto giustinianeo.

Se infatti non possiamo ammettere la necessità di prendere nel senso più esteso questa unità del testamento da intendersi anche unità di eredità, se si può anche disconvenire col Kustnero che considera il testamento *in actu testandi* come una *hereditas*, ma solo « post aditam hereditatem evenire potest ut hereditas duplex adpareat »; non possiamo d'altra parte parlare anche di testamento del figlio e di duplicità di testamento.

Parlare di un testamento del figlio, come si è visto, non può essere altro che una finzione un modo d'esprimersi (3);

(1) Hotomannus l. c. — Vinnius l. c. Jan. a Costa ad § 2 Inst.

(2) Hier und dort nur accessorisch, auf der juristischen Grundlage der Ernennung eines eigenen Erben, als ein blossen Zusatz zur *heredis institutio*, wie die *tutoris datio*, so dass bei zwei Testamenten das väterliche *principale* das pupillarische « pars et sequela paterni testamenti », trotz der Zweiheit Ein Testament ist.

(3) Fusario — De subst. Parte I quest. 88 — Quaero an pupillaris substitutio dicatur testamentum *patris an filii*? Et dicas proprie dici testamentum patris, improprie et ficte testamentum filii.

lo dimostra Giustiniano con quel *quodammodo*: come infatti potrebbe parlarsi di un testamento del figlio, se il padre può fare una sostituzione non solo *eo invito et ignorante*, ma può sostituire pupillarmente anche ad un postumo?

Ben si apponeva dunque la Corte di Cassazione di Firenze (1) nel distinguere il carattere vero del fittizio dalla sostituzione pupillare, avvertendo che esso solo porge il modo più acconcio di spiegare e combinare quella specie d'antinomia che risulta dalla diversa forma di linguaggio usata nelle fonti romane.

Ricorrere alla Rota romana (la più autorevole interprete del dritto romano pel Pacifici Mazzoni (2)) per sostenere la duplicità dei testamenti, a prescindere che vi sono altre decisioni in cui si ammette l'unità, è inutile, perchè non è necessario ricorrere agl'interpetri, quando sono molto chiare le parole dei romani giureconsulti (3).

Constat enim unum esse testamentum, licet duae hereditates, dice Ulpiano, ed è questo il concetto della sostituzione pupillare nel diritto nuovo.

Unità di testamento e dualità di eredità legate tra loro però in un certo vincolo rappresentato dall'unità materiale del testamento.

E diciamo materiale, perchè, come si è visto, la circostanza

(1) 27 Gennaio 68. Annali di giurispr. p. 33.

(2) Giurispr. 76.

(3) Il Pacifici Mazzoni che vuol sostenere la duplicità non indica neppur un argomento che l'appoggi tranne le parole testuali del Maynz e Van Wetter, alle quali secondo lui fanno eco il Keller, il Windscheid ed il Demangeat, ciò che non ci sembra, mentre questi parlano di dualità di *eredità*.

(4) Il Tuldeno (l. c. p. 177) porta un altro argomento a favore dell'unità. Egli dice:

« Si filio impuberi instituto alium filium emancipatum a me praeteritum pupillariter substituero: hic accipiendo bonorum possessionem contra meum testamentum, quamquam inde non rumpit substitutionem, attamen tamquam indignus removetur ab emolumento pupillarium tabularum.

di poter fare la sostituzione in un testamento separato diverso anche per forma non prova nulla a favore della tesi opposta: la pluralità dei testamenti servì al bisogno di tener celata la sostituzione pupillare; lo prova all'evidenza il testo di Gaio da noi più sopra citato

Abbiamo detto unità di testamento e due eredità distinte: ma recentemente il Prof. de Crescenzio (1) ha qualificato inesatto un tal linguaggio.

Se è vero, egli dice, che la sostituzione pupillare consiste nella facoltà attribuita al *paterfamilias* in virtù della patria potestà di disporre del patrimonio anche del figlio, la cosidetta eredità del figlio ha la sua causa giuridica nella disposizione del padre; e siccome questa prende forza giuridica al momento della morte del padre, così anche l'altra eredità del figlio si acquista in tal tempo e diviene irrevocabile verificandosi la condizione apposta al sostituto.

Noi conveniamo col chiarissimo Professore nel giudicare tale considerazione come non atta a far ritenere l'acquisto dell'eredità del pupillo da parte del sostituto non al tempo della morte del pupillo ma del padre; non possiamo però ammettere che si tratti di una sola eredità: la frase: due eredità distinte ci sembra esatta, perchè la distinzione non è separazione e non esclude quindi il vincolo che tra esse corre, ed è a questo vincolo o a qualche altra considerazione che bisogna guardare per ispiegare certi effetti, come quello della impossibilità della querela da parte della madre, non già alla considerazione dell'unica eredità, come vedremo più tardi.

Lo stesso Professore ammette nel caso di astensione o diseredazione del pupillo non la semplice distinzione ma la divisione delle due eredità, e in ciò noi siamo d'accordo con lui. Ma questa considerazione, ci sembra, dovea menarlo ad ammettere negli altri casi una distinzione non già

(1) Corso di Diritto romano. Successione testamentaria e necessaria p. 186.

un' unità di eredità. Il legame che stringe queste due eredità è subbiettivo non obbiettivo: solo in questo ultimo caso (come era al primo periodo) poteva parlarsi di unica eredità: anzi appunto perchè soggettivo può essere spezzato dalla volontà del testatore (diseredazione) o del pupillo (astensione) e quindi divisione di eredità.

Solo muovendo da siffatta unità del testamento contenente una duplice eredità distinta o divisa secondo i casi noi possiamo spiegarvi gli effetti della sostituzione pupillare che brevemente accenneremo.

IX.

L' unità del testamento che contiene le due eredità del padre e del figlio spiega il perchè la invalidità del testamento paterno porti con sè anche l'invalidità della sostituzione pupillare.

L'impubere non può morire testato, se il padre è morto intestato.

Verò è però che questa regola si interpetra con alquanta larghezza.

Così per esempio un testamento attaccato in parte colla *querela inofficiosi testamenti* o la domanda di una *bonorum possessio contra tabulas* fa rimanere in piedi la sostituzione pupillare (1).

Così anche se il gravato di un fedecommesso d'eredità non ha fatto adizione che per ordine del pretore (2), o l'istituito minore dei 25 anni si fa restituire *in integrum* (3),

(1' Mühlenbruch p. 472. Un'eccezione però a questo ultimo caso (L. 35 h. t.) è contenuta nella legge 22 eod. Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione.

(2) L. 38 § 3 eod.

(3) L. 2 § 3 eod.

o l'istituito ripudii l'eredità testamentaria per fare adizione come erede legittimo (1).

In tutti questi casi la sostituzione pupillare è mantenuta.

X.

Il sostituito è erede del pupillo, abbiamo detto, ma in forza del testamento paterno, e questo concetto ci spiega la influenza che l'acquisto dell'eredità paterna esercita sulla sostituzione pupillare e viceversa.

È nei diversi casi di questo incontro che meglio si determina il carattere di tale istituto.

A—Supponiamo innanzi tutto che il sostituito pupillare sia nello stesso tempo istituito erede del testamento paterno.

I. In tal caso se egli ha accettato l'eredità del padre non può ripudiare quella del figlio, anche se egli muoia prima della morte di costui: lo dice chiaramente la legge 59 D. de adq. vel. om. hered. (29. 2) (2).

Il Warnkönig (3) limita però la decisione di questa legge al solo caso in cui il figlio fosse istituito erede: in questo caso, dice il De Crescenzio, non è necessario ricorrere al carattere speciale della sostituzione pupillare per giustificare

(1) L 2 § 1 eod.

(2) Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere. Quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Cf. L. 20 C. de iur. delib.(6. 30)—Seuff. Archiv. XXXII. 153. Questo frammento pel Baron dovrebbe esser corretto: le particelle *quidem* ed *autem* che vi si leggono accennano ad un trattamento pel sostituto diverso da quello del figlio e dovrebbe quindi leggersi: *pupillus quidem heres* NON *extitit*, e ciò anche in base alla legge 55 de acqu. (29.2) sulla cui applicazione in caso di sostituzione neppur si è d'accordo (Cf. Huscke l. c. p. 81).

(3) Rosshirts Zeischr. p. 4. Zeitschrift für civ. u. proc. XVIII p. 286 Cf. Papillonius de pup. subst. cap. 8.

tale determinazione. Il sostituito se ha accettato la paterna eredità come istituito non può più rinunciare all'eredità del figlio, perchè in questa egli trova l'altra parte della paterna eredità: e siccome questa non può essere in parte acquistata e in parte ripudiata, *quia in universum jus defuncti succeditur*, nè può distinguersi la eredità del padre da quella del figlio per la confusione avvenuta tra i due patrimonii, l'acquisto dell'eredità paterna da parte del sostituito gli vieta la rinunzia a quella del pupillo.

Che se il figlio fosse diseredato o si fosse astenuto in tal caso sarebbe permesso al sostituto di ripudiare l'eredità paterna: ed il Warnkönig appoggia questa sua opinione, notando come la legge 20 Cod. de civ. delib. (6. 30) ne offre un argomento *e contrario*, in quanto che essa parla solo del caso d'istituzione, tanto più perchè Giustiniano insiste molto sulla necessità d'essere istituito erede.

La tesi che uno non può acquistare e ripudiare in parte la eredità, dice il Warnkönig, è vera quando si tratta dell'eredità di una stessa persona non quando si hanno due testamenti.

A questa limitazione si è opposto il Vangerow ed altri (1), perchè restringe arbitrariamente la decisione della legge 59 s. c. e perchè, sebbene la l. 20 del Codice parli d'istituzione, le sue ultime parole sono però generali. In tal caso il sostituito è pel Vangerow considerato come se fosse l'erede istituito dal padre per più parti e quindi se ha ricevuta una parte non può ricusar l'altra (2).

Anche noi accettiamo l'opinione del Warnkönig non muovendo però dallo stesso concetto da cui egli parte, che cioè il contenere la sostituzione pupillare nello stesso atto due testamenti non sia che un'anomalia giuridica, un *jus singulare* dal quale non si può derivare alcuna conseguenza che

(1) Cf. Faber — Error. pragm. dec. 3. err. 6. p. 325. Glück p. 432 Löhr l. c. p. 338. Sintenis III p. 452. Mayer. Erbrecht § 38. Baron p. 511. De Crescenzio l. c.

(2) L. 2 de adq. vel om. her.

sformi il carattere dell'eredità e del rapporto di rappresentazione che poggia sulla natura stessa delle cose (1).

Il Warnkönig vede tra le due tesi—potere il sostituto rifiutare l'eredità paterna ed accettare quella del figlio—e—dovere accettare sempre quella del figlio se ha accettata quella del padre—una certa incompatibilità, donde la necessità di limitare quella legge.

Der Iurist, egli dice, scheint hier nur den Fall im Auge gehabt zu haben, dass der Pupill zugleich Erbe des Vaters uar, der auf jeden Fall der gewöhnliche ist (2).

Noi giustifichiamo la limitazione del Warnkönig col concetto più sopra esposto: la diseredazione e l'astensione *dividono* le due eredità prima distinte, e nel caso d'istituzione non è già il carattere della sostituzione, come ha avvertito lo stesso Prof. de Crescenzio, ma altre considerazioni che giustificano la impossibilità di rinunzia da parte del sostituto (3).

II. Se al contrario il sostituto ha rifiutato l'eredità del padre allora *pupillaris substitutio evanescit:* questo però nel caso che il sostituto sia l' unico erede del padre, in modo che pel rifiuto dello stesso il testamento resti *destitutum* (4), come anche quando un *suus heres* del testatore si sia astenuto perchè sebbene non si possa dire che il testamento sia *destitutum*, pure esso ha perduto ogni forza (5).

È qui che si ripercuote il carattere della sostituzione pu_

(1) l. c. p. 297.

(2) Arndts — Civ. Schif. II p. 177 il quale aggiunge: ja von diesem Falle ist ursprünglich ohne Zweifel Begriff und Bezeichnung der Pupillarsubstitution ausgegangen.

(3) Di un'altra eccezione combattuta a torto dal Vangerow fa parola il Mühlenbruch nel caso di più sostituiti od istituiti.

(4) L. 10 § 4 4. P. L. 27 § ad SC. Trebell. Qui suspectam hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequeretur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adiisset ».

(5) L. 40 de A v. O. Nam qui judicium parentis oppugnaverit non debere ex eadem hereditate quicquam consequi. Cf. Huscke Giess. Zeitschr. N. T. VII p. 87 — Vangerow Archiv. XXXVII.

pillare: le due eredità sono distinte, ma quella del pupillo in tanto si ha in quanto vi ha eredità del padre: si è erede del pupillo, ma in forza della volontà del padre. Quando però vi sono più coeredi o sostituti, se il sostituto pupillare è un erede estraneo del testatore, ed il pupillo è divenuto erede del padre, vale la regola che il sostituto pupillare il quale ha rifiutata l'eredità del padre non può acquistare neppure quella del figlio?

« Idemque est, risponde la L. 10 § 3 h. t., si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum ».

Ma a questa interpretazione si è ribellato il Baron (1) con altri.

Il nodo della questione, egli dice, sta in quell'*idem*: ora ciò che si debba intendere per *idem* risulta dal § 2 che lo precede:

« An possit substitutus separare hereditates ut filii habeat « patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet « hereditatem habere ant neutrius; juncta enim hereditas « cepit esse »: dunque tanto pel § 2 quanto pel § 3 il sostituto non può separare le due eredità, ma se vuol più tardi acquistare non gli danneggia l'anteriore ripudiazione come istituito. Secondo tale interpretazione adunque le parole finali: « nam neque filii hereditatem habere possum » non significano che in tal caso non può più acquistare, ma che non può più separare (2).

Ed il Baron adduce molte prove in sostegno della sua

(1) l. c. p. 507. Cf. Heinnecio Jurispr. Rom. et Att. 2,659.

(2) Un'identica soluzione si trova nel Chesio (Diff. jur. c. 15), il quale però, secondo il Baron mal s'appone ritenendo che la rifiutata parte del sostituto come istituito si accresca al pupillo, in modo che il sostituto, quando dopo la morte del pupillo accetta, trova nel patrimonio pupillare la sostanza paterna. Ciò è inesatto per lui perchè non si tratta di un solo patrimonio del pupillo, ma di due eredità l'una accanto all'altra, ma indivisibili.

opinione. Quando vi sono due motivi di delazione, egli dice, perchè non si può ripudiare l'uno ed accettare l'altro? chi è erede testamentario ed intestato non può ripudiare il testamento ed accettare l'eredità *ab intestato?* chi ha rifiutato la *bonorum possessio unde liberi* non può valersi della *bonorum possessio unde cognati?* chi infine rifiuta come istituito non può accettare come sostituito (1)?

Un altro appoggio alla sua tesi è dal Baron trovato nella legge (27) 28 § 2 ad S. C. Treb. (36.1) (2) e nelle leggi 8 pr. de v. et p. s. (28.5) e L. 11. § 1 ad Sen. Treb. (36.1).

Anche lo Schlayer (3) ed il Pietak (4) fondandosi principalmente sulla legge 1 § 5, 6 cit. hanno sostenuta tale opinione.

Un ultimo appoggio si è trovato infine nella legge 76 § 1 eod. di Giavoleno:

Item, si tu sexstantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esse? respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare (5).

(1) L. 1 § 5 si quis. om. c. t. (29.4).

(2) Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequeretur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adiisset. Ed ideo si pupillo.... substitutus ita fuerit « Titius filio meo heres esto » tunc si solus patri heres extiterit, nihilominus cogendus erit hereditatem pupilli restituere; *si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris amisisset hereditatem, ex substitutione adire.*

(3) Archiv. f. civ. Pr. LIII p. 2.

(4) Archiv. LIX p. 1 seg.

(5) Lo Schlayer propone tale modificazione al frammento: « quin eam partem » ma essa è contradetta, come egli stesso avverte, dalla versione dei Basilici, difficoltà però che non crede insormontabile.

Il Leist (Observ. ad fr. 76 § 1 cit.) osservando che la legge 76 § 1 contradice alla legge 2 eod. di Ulpiano—Sed et si quis pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes

Contro questa opinione però si son fatte gravi osservazioni dal Vangerow (1), dal Wendt (2) e specialmente dall'Amann (3), il quale spende molte pagine per combattere la dottrina del Baron ritenendo col Vangerow la necessità di supporre nel frammento 27 § 2 su citato un pupillo diseredato (4) e combattendo quindi l'opinione dell'Huscke (5) che ritiene esservi antinomia tra essa legge ed il frammento 10 § 3, e quella del Pernice (6) che ritiene le ultime parole della legge come un Tribonianismus.

L' idemque poi del § 3 su citato, dice il Wendt, indica appunto l'identica decisione dei due casi e non v'è nulla di illogico nell'uso di tale espressione.

È impossibile entrare nel ginepraio di questa discussione che ha formato essa sola oggetto di molti lavori.

Il Windscheid ha giustamente avvertito che tanto per l'una quanto per l'altra opinione bisogna sottintendere nel frammento qualcosa che esso non dice: ed egli ha visto che

repudiare, quasdam adgnoscere —, scuotendo l'interpretazione comune sin dal tempo della Glossa (Pietak p. 7) propone un'altra correzione: *omiseris cretionem* invece di *additionem*. Ma contro di essa, ha fatto osservare il Wendt (Archiv. LV. p. 264), parla a priori il fatto che l'istituto della *cretio* avea riempiuto il periodo classico della romana giurisprudenza e quindi la maggior parte de' frammenti in quanto si trovano nelle Pandette sono stati scritti sotto l'influenza di quell' istituto.

Entweder hat also die Compilation alles was sie etwa von seinen behaupteten Unterschiede zwischen *omissio cretionis* und *repudiatio* fand, gestrichen oder verandert und nur dies eine Zeugniss etwa übersehen, oder jener Unterschied hat nie bestanden und die Sache lag damals gerade so wie heute bei der *omissio additionis*.

(1) l. c.

(2) l. c.

(3) Die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile p. 310.

(4) Cf. Cujacius op. 6. 281. Faber. err. pragm. dec. 32 err. 1 — Warnkönig l. c.

(5) l. c. p. 80.

(6) Comm. duae p. 99.

il vero punto della questione sta nel vedere se chi ha rinunciato come istituito possa poi accettare come sostituito: ora questa prova egli la ritiena impossibile.

È vero che il Baron e lo Schlayer si riportano alla legge 1 § 5 e 6 si quis om. caus. (1), ma in essa non si parla di una sostituzione, come osserva il Wendt (2): infatti essa suona così: *idem institutus et substitutus*, dunque *est unus gradus non duo gradus*; era una ripetizione d'istituzione che, come ricorda il Windscheid (3), allora *proficiebat*, quando la diversità delle modalità potea implicare una scelta da parte dell'erede. Dunque è diverso questo caso da quello in cui viene sostituito uno ad un altro: in questo caso istituzione e sostituzione, aggiunge il Windscheid, non sono nel senso del testatore collocate per mezzo di un *o*, ma per mezzo di un *e*. Rifiutata adunque l'eredità del padre non si può mai acquistare quella del figlio.

Una sola eccezione, come si è sopra accennato, noi troviamo a questa regola ed è quando il sostituto pupillare è un *suus heres* del padre, perchè allora sia che egli stesso venga istituito (4), sia che il pupillo si astenga o sia diseredato, egli può ripudiare l'eredità paterna e ritenere quella pupillare (5).

B—Se invece il sostituto pupillare non è chiamato all'eredità del padre allora se il figlio è diseredato s'intende da sè che non abbia nulla a vedere nell'eredità del padre, se al contrario il figlio è divenuto erede del padre ogni divisione delle due eredità è impossibile.

(1) Si proponatur idem et institutus et substitutus et praetermiscrit institutionem, an incidat in edictum, quaeritur et non puto incidere, quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eum substituit.

(2) l. c.

(3) § 602 Nota 6.

(4) L. 12 de vulg. et pup. subst. (28. 6).

(5) Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditate se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.

Non diverso dalla diseredazione è il caso dell' astensione ; anche in esso le eredità debbonsi considerare divise.

Così suona la famosa legge 42 pr. de acqu. hered. (29.2), alla quale pare contradica la L. 28 de reb. auct. iud (42.5); antinomia per alcuni inconciliabile (1), per altri tolta col riprovevole sistema di correggere i testi (2) togliendo il *non* alla frase: « idem in substituto filio etc. », mentre il complesso della legge richiede quella negazione; per altri tolta col ritenere apogrifo quell'inciso; pel Mühlenbruch ritenendo che Giavoleno avesse solo indirettamente risposto al quesito; mentre pel De Crescenzio la risposta è diretta ed il ragionamento del giurista riguarderebbe la obbiezione che all' effetto da esso ritenuto potrebbe fare l'unità del testamento o confusione di eredità che manca nel caso proposto. E noi accettiamo quest' ultima versione, anche perchè certamente ammettere un'aperta contradizione in una legislazione è sempre cosa grave.

L' influenza che esercita l' acquisto dell' eredità paterna sulla sostituzione pupillare e viceversa, abbiam detto, dimostra in modo più che evidente il carattere della sostituzione pupillare. L'unità del testamento presa in senso rigorosissimo (come unità di eredità) quale nel primo periodo porterebbe alla conseguenza di non poter acquistare l' una senza dell'altra; è per questo che nei primi tempi quando non era ancor nata la sostituzione per un diseredato, quando il *beneficium abstinendi* d' origine pretoria non era ancora sorto, non è a parlarsi di distinzione e molto meno di divisione di eredità. Quando invece incominciò a sorgere l'idea che il sostituto fosse l'erede del figlio e non del padre, sebbene debba alla volontà di costui la sua qualità di erede, non potevasi non tener conto di quella distinzione obbiettiva che si sorprendeva nella diseredazione e nella astensione.

(1) Vangerow l. c. — Huscke l. c.
(2) Henr. a Suer. Rep. lect. c. 40. (Ottonis Thes. IV p. 84).

XI.

L' unità del testamento contenente una duplice eredità ci spiega ancora perchè non sia motivo d'invalidità per la sostituzione pupillare nè l' esclusione degli eredi necessarii del paterfamilias nè l'esclusione degli eredi necessarii del figlio. *Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit) : nec patris frater quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est : tunc enim pupillare valet* (1).

A questa legge si è appoggiato il nostro maestro prof. de Crescenzio per sostenere l' unità piuttosto che la distinzione delle due eredità.

Egli dice: la madre avea la querela d'inofficiosità contro il testamento del figlio, in cui non fosse stata contemplata: quindi tale dritto avrebbe dovuto essa avere anche contro quello del marito contenente una sostituzione pupillare, se si ammette che questa fosse un' eredità distinta del pupillo.

Certo che così fosse nell' antico diritto (non parliamo dell' antichissimo perchè la *querela inofficiosi testamenti* non era sorta) non è a dubitare: il sostituto era l'erede del padre.

Non ci pare però che la ragione addotta dal de Crescenzio sia quella che determini lo stesso effetto anche nel dritto nuovo; nella legge sudetta è espresso infatti chiaramente il perchè di tale disposizione — *quia pater ei hoc fecit* — e quindi non si può accusare il pupillo di mancanza di affetto, mancanza che legittima la querela stessa.

Si tratta di eredità dell'impubere e di testamento fatto

(1) L. 8 § 5 de inoff. test. (5.2).

dal padre; è così che noi rispondiamo al Zimmern, il quale opina che il padre possa escludere gli eredi necessarii del figlio nella sua sostituzione pupillare, *wenn sie nicht zugleich auch seine Notherben sind* (1).

Il Zimmern si vale per sostenere la sua tesi delle ultime parole del frammento e trascura un altro argomento non visto, come osserva lo Schröder, nè da lui nè dai suoi oppositori; la vecchia autorità dei Basilici sta per la sua interpretazione, ma ciò non ostante essa deve respingersi.

È bene notare col Francke (2) che le ultime parole della legge non formano già un contrapposto alle prime, ma non ne sono che la conseguenza: esse dicono non altro che se il fratello dell'impubere attacca colla querela il testamento del padre e questo è in tutto rigettato la sostituzione pupillare evanescit.

Anzi pel Francke proprio queste stesse parole finali dimostrerebbero l'inesattezza della contraria opinione. Se infatti il fratello dell'impubere ha rigettato in tutto il testamento del padre non v'è a parlare di querela contro la sostituzione: di questa può solo parlarsi se il testamento del padre è stato in parte mantenuto, ma allora dice il frammento *pupillare valet* (3).

Come dunque si può ammettere tale limitazione, aggiunge il Tribaut, se nè i soli eredi necessarii del padre nè i soli eredi del figlio possono attaccare la sostituzione: come due mo-

(1) Neustetel's und Zimmern rechtl. Unters. p. 83 — Gensler's Archiv. — V. II, N. 28. Questa idea era stata già posta innanzi dal Cuiacio (Tomo VII p. 177) e dal Faber (Ration. ad h.) — Gli antichi pratici ritenevano che gli estranei non potessero attaccare il testamento, la madre sì, riportandosi o alla Nov. 115 o all'equità — Schilter. Praxis jur. rom. rom. Ex. XIV. th. 34. 36. — Cf. Facchinei. Contr. Lib. IV, c. 42 — Lauterbach l. c. — Voet Lib. V. T. II § 21 — Heisler Diss. de pupillariter substituto matrem excludente. L'Hellfeld ritiene che la madre non possa servirsi della querela, però ha il dritto di chiedere la legittima.

(2) l. c. 454.

(3) Thibaut. Archiv. f. civ. Prax. V, p. 347.

tivi inefficaci possono dare un motivo efficace? Giustamente quindi l'opinione dominante si è dichiarata contro la dottrina del Zimmern (1).

Egli è vero che l'unità formale del testamento paterno e di quello fatto pel pupillo non si è mantenuta nel nuovo diritto, come nel vecchio in cui anzi non era possibile siffatta questione che suppone una duplice eredità (nel primo periodo la sola questione possibile era se gli eredi necessarii del padre potessero attaccare la sostituzione); ma molte tesi sono rimaste in vigore, dice il Francke, perchè appoggiate anche dalla nuova idea.

Ritenuto infatti il sostituto come erede del pupillo non possono gli eredi necessarii attaccare la sostituzione, perchè il testamento è uno (fatto dal padre), e le eredità sono due.

XII.

Il testamento è uno ma contiene due eredità: dall'unità deriva che i legati hanno effetto dal tempo della morte del testatore (2), dalla duplicità dell'eredità che essendo oggetto della sostituzione pupillare la sostanza del pupillo ne segue che è impossibile ogni aggravio diretto su quest'ultima.

Bisogna però avvertire che riguardo ai legati è più la vecchia dottrina che domina.

(1) Il Zimmern ha sostenuto un'altra limitazione che cioè debba il padre (dopo la Novella 115) istituire personalmente gli ascendenti del pupillo, e quindi anche la madre: si tratta di forma necessaria d'istituzione d'erede: ma a questa limitazione appoggiata dal Francke si sono opposti lo Schröder ed il Vangerow il quale osserva che se fosse vera porterebbe all'assurdo che il padre strettamente parlando dovrebbe istituire erede anche sè stesso; sebbene potrebbe rispondersi contro questo argomento che siccome la sostituzione pupillare vale solo se il padre premuore, non si può istituire erede un *morto*.

(2) L. 1, 7, § 4. 5.

I legati imposti al sostituto valgono come lasciati dal padre sulla propria eredità: *pater de suo legat*: in modo che non è affatto colpita la sostanza propria del fanciullo: quindi il sostituito ed il pupillo calcolano la 4.ª Falcidia solo rispetto all' eredità del padre come essa era al tempo della morte (1) senza che s' intacchi la rimanente sostanza del pupillo.

È per questo, dice il Francke, che riguardo a tali legati il sostituito nominato coerede del pupillo vale come nominato per due parti dell' eredità paterna; ecco perchè nelle fonti troviamo che i legati imposti al sostituto « *quasi in primis tabulis sub conditione relicta intelligantur* » (2).

Un aggravio del pupillo è solo allora possibile, dice il Glück, quando ad es. ad un pupillo diseredato si dà un legato dell'eredità paterna ed in cambio la sua propria sostanza viene aggravata da legati od anche da fedecommessi.

Ma sia nella diseredazione che nell'astensione presentandosi le due eredità come divise, la 4ª Falcidia deve essere computata non sulla eredità del padre, ma su quella del figlio.

E questo basti per gli effetti della sostituzione che meriterebbero però maggiore sviluppo.

A noi premeva solo dimostrare che essi rispondono al concetto fondamentale della sostituzione pupillare, quale lo abbiamo accennato.

XIII.

La sostituzione pupillare fu uno sviluppo della facoltà di testare, dovuto ai *mores*; era il padre che si nominava un

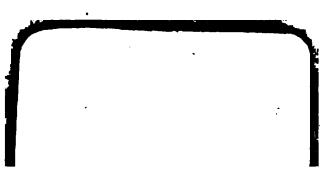
(1) L. 79 D. ad leg. Falcid. (35 2).
(2) L. 11 § 5 eod.

secondo erede se l'impubere premorisse, fingendosi che la patria potestà durasse sino allo entrare di costui nella pubertà.

Modificata la patria potestà, accordato ai figli di famiglia il dritto di avere beni proprii, il sostituito non è più un secondo erede del padre, ma un erede del figlio in forza però della volontà del padre o per dir meglio dall'avente potestà, il quale può esprimere la *sua* unica volontà anche per ciò che riguarda i beni del figlio: donde l'unità del testamento contenente due eredità distinte nel caso d'istituzione anche del sostituto, divise nel caso di diseredazione od astensione: unità di testamento con doppia eredità che spiega tutti gli effetti della sostituzione pupillare.

Questo ci sembra a noi in poche parole il suo carattere giuridico.

FINE

Sr. Hochwohlgeboren
Herrn Dr. Filippo Eduardo Huschke
Geh. Rathe und Professor der Rechte
an der Universität

Breslau